

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **LAURA ALEJANDRA GUZMAN ROJAS** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda **se pretende** se declare la “nulidad” e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS) efectuado a través de Porvenir S.A., así como el realizado a Old Mutual S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Old Mutual S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos, tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, cotizaciones correspondientes a los riesgos previsionales de invalidez, vejez y muerte, junto con sus frutos y rendimientos.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes **hechos**:

1) Nació el 20 de septiembre de 1961; 2) Conforme historia laboral aparece afiliada y vinculada al RPM a través de Cajanal desde septiembre de 1990 hasta el 19 de septiembre de 1994; 3) Aparece vinculada con la AFP Porvenir S.A. a partir del mes de octubre de 1994; 4) Porvenir S.A. no le una información clara y exacta sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional; 5) Se trasladó a Old Mutual S.A., entidad que tampoco le brindó información; 6) Con posterioridad al 12 de junio de 2009, fecha en la que se decretó la liquidación de Cajanal, todos sus afiliados fueron trasladados al ISS – hoy Colpensiones.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 157-176) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Adujo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Porvenir S.A. y posteriormente a Old Mutual S.A., es nulo e ineficaz, pues obran dentro del proceso medios de prueba suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor le brindó toda la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse del RPM al RAIS.

Indicó que no es procedente que Colpensiones acepte el traslado de la demandante, ya que a la fecha ella cuenta con más de 50 años de edad, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, con lo que esa entidad se encuentra en la imposibilidad jurídica de efectuar el traslado de la demandante del RAIS al RPM, adicionalmente la actora no es beneficiaria del régimen de transición, es decir, con el traslado no perdió ningún derecho y por tal razón no se puede fundamentar que a raíz del traslado perdió un beneficio que no ostentaba al momento en el ISS.

Finalmente, adujo que, sin reconocer los hechos y pretensiones de la demanda, la acción que se pretende instaurar se encuentra prescrita a voces del artículo 2536 del Código Civil, ya que, al ser un contrato comercial el realizado entre la demandante y la AFP, la actora contaba con el término de 10 años para realizar dicha acción, so pena de declararse prescrita, lo cual ocurrió en el presente asunto.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP - U.G.P.P.**, (fls. 177-195), se opuso a las pretensiones de la acción, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó ausencia de responsabilidad de la UGPP, falta de legitimación en la causa, buena fe, nadie puede ir en contra de sus propios actos, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción y la innominada.

Expuso que, de los hechos de la demanda se infiere que la demandante se trasladó libre y voluntariamente desde el mes de octubre de 1994 a la AFP Porvenir S.A. y reafirma su libre voluntad para permanecer en el RAIS cuando obra prueba que también estuvo afiliada a Old Mutual, por lo que se concluye su insistencia en la permanencia en el RAIS.

Adujo que la demandante perdió el derecho al régimen de transición y que las pretensiones de esta acción deber ir dirigidas exclusivamente a Old Mutual S.A. y Porvenir S.A. por ser estas las entidades para las que cotizó en pensiones.

Refirió que para proceder al traslado pretendido es importante tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002 y el artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, sin que la demandante cumpliera tal requisito, pues no cumplió con el tiempo de servicio de 15 años o más de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Indicó que, para el caso concreto, no es aplicable el error de hecho, toda vez que el mismo no configura un vicio en el consentimiento, el error de hecho sobre la especie del acto o el objeto, toda vez que no existe controversia alguna respecto del tipo de negocio jurídico que se celebra, ni error de hecho sobre la persona, ya que las partes intervinientes en el negocio tienen claro a que se obligan.

Enfatizó que, en los casos de nulidad relativa, como el provenientes de los vicios de la voluntad, puede ser saneada por ratificación, esto es la convalidación del negocio, ya sea de manera expresa o tácita, siendo claro que la demandante se ha mantenido por más de 24 años en el RAIS, por lo que los vicios que eventualmente hubiese tenido su voluntad, deben

entenderse ratificados de manera tácita, máxime si efectuó traslados entre distintas administradoras del RAIS.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., (fls. 207-268), se opuso a las pretensiones incoadas con la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo de no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Expuso que, la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación respecto de esa AFP y dentro del contenido de la demanda tampoco establece cuál es la naturaleza de la nulidad que pretende, siendo así, se tiene que la nulidad que pretende la demandante es la relativa, pues no se cumplen los presupuestos de hecho necesarios para argüir una nulidad absoluta y con ello la accionante debió señalar cuál de la causales se configuró en la celebración del contrato de traslado de régimen pensional.

Adujo que la única posible causal serían los vicios del consentimiento, frente a los cuales, debe tenerse en cuenta que el error de derecho no produce vicios del consentimiento conforme lo establece el artículo 1509 del CC y el error de hecho solo vicia el consentimiento cuando el error se presenta en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa en específico conforme el artículo 1510 del CC, errores que no se verifican en el contrato celebrado entre la demandante y Old Mutual S.A., ya que la demandante sí pretendió afiliarse al RAIS y seguir afiliada al mismo y se trasladó entre administradoras de ese régimen, con lo que convalidó su decisión de seguir perteneciendo al RAIS.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (fls. 274-296) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por el demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el

demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Menciona que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia condenatoria:

Primero: Declarar nulo e ineficaz el traslado del régimen pensión que hizo la demandante Laura Alejandra Guzmán Rojas de la extinta Caja Nacional de Previsión Social a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante la suscripción del formulario de fecha 19 de septiembre de 1994 con efectividad a partir de octubre de 1994, conforme a lo expuesto.

Segundo: Declárese válidamente vinculada a la demandante Laura Alejandra Guzmán Rojas al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, conforme a lo expuesto

Tercero: Condénese a Old Mutual S.A. Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. o Skandía S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, esto es desde septiembre de 2015 y hasta el momento en que el traslado se cumpla, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

Cuarto: Condénese a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, esto es desde el mes de octubre de 1994 hasta agosto de 2015, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

Quinto: Ordénese a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regula al RPMPD.

Sexto: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

Séptimo: Absolver a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, de las pretensiones incoadas en su contra. (...)"

En síntesis, el A Quo señaló que, desde el mismo momento de la creación de la Ley 100 de 1993, en su artículo 52, la Ley le asignó al ISS la competencia general para administrar el RPM y allí se prohibió la creación de nuevos fondos o cajas de previsión o de seguridad social y como consecuencia de ello, Cajanal quedó temporalmente habilitada para administrar el RPM conjuntamente con el ISS, respecto de sus afiliados, los vinculados a las cajas de previsión social cuya liquidación se ordenara, fueron inscritos al entonces ISS.

Afirmó que la norma vigente para la fecha del traslado de régimen de la actora, esto es 19 de septiembre de 1994, era la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, y para ello se suscribió el formulario de afiliación, en los términos dispuestos por la Superintendencia Bancaria.

Indicó que en el caso correspondía a la AFP demostrar en juicio que proporcionó la suficiente información para que el cambio de régimen fuera eficaz, encontrando que el consentimiento de la demandante se vio afectado por el dolo con el que actuó Porvenir S.A., precisamente porque no se actuó con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poco cuidado suelen emplear en sus negocios propios.

Por lo anterior estimó que no fue demostrado en juicio que hubiese cumplido con la carga del deber de información, no se probó que a la demandante se le hubiere dado la debida información, ni la posibilidad de efectuar el retracto como lo permite la ley y tampoco se observa que durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a Porvenir S.A. se le hubiese indicado la posibilidad que tenía de retornar al RPM.

Adujo que debe verificarse si fue o no eficaz del traslado de la accionante, tal y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, así

hablamos de una ineficacia especial, traída por la ley como consecuencia jurídica de la deficiencia de la voluntad debidamente informada, indicando que la información plena no se puede únicamente colegir de la firma del contrato (fl. 20) pues no basta con señalar que firmó el contrato de administración de la pensión para suponer que con ello se proporcionó la suficiente información cuando se echa de menos en este juicio que se le entregó la información necesaria para tener claridad sobre las circunstancias de ese traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó, que se impone a Porvenir S.A. un dolo que nunca ocurrió, máxime cuando, en materia civil el dolo es la intención deliberada de causar daño a otro, destacando que en la omisión del deber de información no se evidencia el dolo y que dentro del proceso no se demostró una conducta, partiendo de presunciones de hecho que son las negaciones indefinidas de la demandante, máxime cuando se ha dicho que ninguna prueba documental o los interrogatorios de parte son valederos para demostrar que el consentimiento fue informado, especialmente en una profesional del derecho, como es el caso de la actora.

Expuso que en el proceso se declara la nulidad e ineficacia del traslado, con lo que se desconocen estas figuras, pues la Corte Constitucional, en sentencia C-345 de 2017, dijo que la ineficacia opera en dos sentidos, uno amplio y el otro estricto, presentándose este último en casos en que la ley, por razones de distinta naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza, y al analizarse los Decretos 663 y 714 en ninguno de sus apartes se duce que el deber de información trae como consecuencia la ineficacia en sentido estricto, siendo así el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la guía, sin mezclar normas, ya que este artículo dice que el traslado quedará sin efectos y podrá realizarse nuevamente de forma libre por el afiliado.

Destaca, frente a la condena por gastos de administración, se está dando una doble sanción por un solo hecho, además no tiene comprensión jurídica que para Porvenir S.A. se deban restituir los gastos de administración y para Old Mutual S.A. se tengan que restituir los ejercicios financieros, especialmente cuando el artículo 1746 del CC dice que es responsabilidad de cada parte la pérdida de estos elementos, siendo responsabilidad de la demandante y cuando se ordena la restitución de dichas sumas se habla de un enriquecimiento sin justa causa, pues al declararse la nulidad significa que se llevan las cosas a su estado natural, y al no existir un título ni un modo por medio del cual la demandante

adquirió esos ejercicios financieros existe una causal de enriquecimiento sin justa causa a su favor y lo mismo ocurre con Colpensiones.

Frente a la excepción de prescripción, resalta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no establece que los gastos de administración sean dineros destinados para las pensiones, por lo que al ser netamente económicos no entran en la protección de la prescripción.

OLD MUTUAL S.A.

Expuso que una cosa es declarar la nulidad y otra la ineficacia, considerando que la nulidad produce como efecto que las cosas vuelvan a su estado inicial, mientras que la ineficacia lo que dispone es que ese acto jurídico no produzca efectos.

Resalta que la demandante era abogada al momento de suscribir el formulario de afiliación, de tal forma que no es una afiliada lego y no le aplicarían los supuestos de hecho de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en la medida que es una persona instruida en leyes y que contaba con las condiciones profesionales y personales para cotejar la información y específicamente lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, cuyo conocimiento se presume, por lo que tiene un mayor deber de diligencia.

Recordó que al fenómeno de la ineficacia no se le puede dar interpretaciones diferentes a las de la ley, ya que las interpretaciones jurisprudenciales constituyen un criterio auxiliar de la justicia y no se le puede dar el carácter de ley, siendo claro que la ineficacia se encuentra regulada por el Código de Comercio en su artículo 897 y en tal norma se indica que la ineficacia es la ausencia de efectos del negocio jurídico celebrado, entonces, la norma entiende por ineficaz esa cláusula inexistente, con lo que se confunde ineficacia con inexistencia, dándole a dos conceptos la misma consecuencia, por lo que trae a colación la máxima del derecho que dice "donde la ley no distingue no le está dado hacerlo al interprete", así la no producción de efectos jurídicos se predica de ambos extremos de la contratación, entonces es inequitativo que a la figura de la ineficacia se le apliquen raseros distintos, pues si aceptamos que existió una cuenta de ahorro individual, que existieron unos fondos y unos rendimientos financieros que serían trasladados a Colpensiones, pero no se acepta que hubo unos rendimientos financieros que fueron efectuados por la afiliación financiera de la administradora y que en virtud de esa actividad y de la ley se gastaron unos gastos de administración que fueron legalmente descontados.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que

en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explyado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por

el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De otro lado, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia **SL3464-2019** radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100

de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por la otrora Cajanal el 16/08/1990 (fl. 15); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 19/09/1994 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 20 y 285); **iii)** que posteriormente efectuó traslado entre administradoras del RAIS a Olds Mutual S.A. el 13/07/2015 (fl. 21 y 227) y **iv)** que los días 14 y 18 de junio de 2018 (fl. 22, 24, 26 y 28) solicitó

traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folios 20 y 285 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19 de septiembre de 1994 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia transcrita in extenso en precedencia así como en posterior decisión¹, según las cuales “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.”

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, los fondos privados demandados tienen la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación, tal como fue argumentado por las demandadas en sus apelaciones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineffecticia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que se **MODIFICARÁ** la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar únicamente la ineficacia del traslado y no su nulidad, ya que, como en antecedencia se dijo, no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por las sociedades administradoras de fondos

de pensiones y cesantías OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración, debidamente indexados**, tal y como lo hizo el juzgador de primer grado ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

"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".

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

"De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

En tal sentido **SE CONFIRMARÁ**, la decisión de primera instancia, que ordenó la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

En lo que respecta a la ratificación debido a la profesión de la accionante y el consecuente conocimiento de la Ley, uno de los argumentos presentados por **OLD MUTUAL S.A.** en su apelación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS, los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen y mucho menos por la profesión que ostenta la hoy demandante, siendo pertinente recordar que, si bien la ignorancia de la ley no sirve de excusa, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la accionante se encontraba afiliada a Cajanal previo su traslado a Porvenir en el año 1994, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que establece:

"ARTICULO 4o. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA. En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.

Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1o. de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.

Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad se registrarán por lo dispuesto en el artículo siguiente.”

Por lo anterior, el regreso de la demandante al régimen de prima media se hace efectivo a través de Colpensiones, ya que mediante Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de Cajanal, la cual finalizó en julio de 2013 y en virtud de su artículo 4 se ordenó el traslado de sus afiliados al otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanan son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

· Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar, dicho numeral quedará así:

Primero: Declarar ineficaz el traslado del régimen pensión que hizo la demandante Laura Alejandra Guzmán Rojas de la extinta Caja Nacional de Previsión Social a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante la suscripción del formulario de fecha 19 de septiembre de 1994 con efectividad a partir de octubre de 1994, conforme a lo expuesto.”.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las partes, así como surtir la **CONSULTA** respecto de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **NIDIA ROMERO VALENCIA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” e ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS)

el 22/05/1996, así mismo, que se declare que tiene derecho al que le sea reconocida pensión de vejez en el régimen de prima media (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes y rendimientos a Colpensiones, y a esta última a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 01/08/2014 liquidada con los últimos 10 años, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y con una tasa de reemplazo del 90%.

De igual manera solicita que se condene a Colpensiones al pago del retroactivo de la totalidad de las mesadas pensionales por el periodo comprendido del 01/08/2014 al mes de agosto de 2015, al pago de las diferencias de las mesadas pensionales causadas y las pagadas por Porvenir S.A. desde el 01/08/2015 hasta el ingreso en nómina por parte de Colpensiones.

Finalmente, solicita se condene a Porvenir S.A. al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De manera subsidiaria deprecia se condene a Porvenir S.A. al pago del retroactivo pensional desde el 01/08/2014 hasta la fecha de ingreso en nómina.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 31 de agosto de 1957 y cuenta con 61 años; 2) Cumplió los 55 años el 31 de agosto de 2012; 3) A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 35 años; 4) A la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas cotizadas; 5) Se afilió al ISS el 16/02/1987; 6) El 22/05/1996 se trasladó a Porvenir S.A.; 7) Nunca firmó formulario de afiliación o traslado de régimen; 8) El 10/02/2012 radica ante el ISS solicitud de traslado al RPM; 9) El 30/05/2013 recibe comunicado de Porvenir S.A. en el que niega el traslado de régimen; 10) El 18/10/2013 recibe comunicado de Colpensiones en donde se le informa que su traslado había sido aceptado, pero que se reversó porque ya había cumplido la edad para pensión; 11) El 04/09/2014 la demandante solicita ante Porvenir S.A. el reconocimiento de la pensión de vejez; 12) Hasta el mes de agosto de 2015 la incluyen en la nómina de pensionados; 13) Porvenir S.A. no pagó ningún tipo de retroactivo, pues le indicó que el mismo no procedía al tratarse de una pensión de garantía mínima; 14) El 15/01/2019 agota reclamación administrativa ante Colpensiones, a la cual se le dio respuesta el 21/01/2019.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES, (fls. 54-94) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiero del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Adujo que, en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., además, debe tenerse en cuenta que la solicitud de traslado se presentó ante el antiguo ISS el 10 de febrero de 2012, data para la cual la demandante contaba con 54 años de edad, contando con la edad requerida para adquirir el estatus de pensionada y al no contar con los 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994 se concluye que la accionante se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado, siendo improcedente por parte de Colpensiones tenerla como afiliada, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Expuso que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP demandada, es decir, no existió ninguna injerencia por parte de Colpensiones para que la accionante tomara la decisión de trasladarse, por lo que, en caso de una eventual condena la llamada a responder sería Porvenir S.A.

A.F.P PORVENIR S.A. (fls. 104-171), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues

la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Indicó que, como todo acto jurídico, el traslado de régimen pensional puede adolecer de algunas deficiencias, pero no todas ellas conducen necesariamente a la ineficacia o pérdida de efectos del acto, y en el caso de que la presunta falta de información, como una situación que pudo afectar el consentimiento, solamente podría generar, a lo sumo, una nulidad relativa en los términos del artículo 1741 del Código Civil, que solo da derecho a la rescisión del acto o contrato, pero no genera forzosamente la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Adujo que la actora, durante su vinculación a esa AFP contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculado al RAIS.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

III. DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A. (fls. 172 a 191), elevó demanda de reconvención, pretendiendo la devolución del dinero que recibió por concepto de mesadas pensionales desde agosto de 2015, derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez.

Subsidiariamente solicita se declare que los dineros recibidos por la demandante por concepto de mesadas pensionales sean compensados con relación al eventual traslado de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó: 1) La demandada en reconvención se encuentra afiliada a Porvenir S.A. desde el 22/05/1996; 2) Presentó solicitud de reconocimiento de prestación económica de vejez el 04/09/2014; 3) Porvenir S.A. resolvió de manera favorable dicha solicitud y el reconocimiento se hizo efectivo desde septiembre de 2015; 4) A la fecha de presentación de la demanda, la señora Nidia Romero Valencia ha recibido por concepto de mesadas pensionales un total de \$38.176.075.

3.1. RESPUESTA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Respecto a la señora **NIDIA ROMERO VALENCIA**, ha de decirse que, verificado el expediente de forma minuciosa, no obra su contestación a la demanda en reconvención, pese a que folio 194 obra auto del 23 de noviembre de 2020 donde se tiene por contestada la demanda en reconvención por parte de la señora Romero Valencia.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de diciembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

"PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de la demandante Nidia Romero Valencia del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., realizado el 22 de mayo de 1996, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante Nidia Romero Valencia por concepto de

Demandante: **NIDIA ROMERO VALENCIA**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, sin descuento alguno, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante Nidia Romero Valencia, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: Declarar que la demandante Nidia Romero Valencia es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Absolver a la demandada en reconvención Nidia Romero Valencia de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandada Porvenir S.A., conforme la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Declarar que la demandada Colpensiones quedará obligada al reconocimiento y pago de la pensión de la demandante Nidia Romero Valencia, una vez ingresen en su haber los dineros provenientes de Porvenir S.A., en cuyo caso solamente deberá cancelar la diferencia entre la mesada pensional que viene cancelando el Fondo de Pensiones Porvenir y la que reconozca Colpensiones, hasta la fecha en que se suspenda el pago por parte de Porvenir S.A.. En adelante, deberá cancelar el valor de la mesada pensional en forma completa, conforme a la parte motiva de esta providencia.

(...)

NOVENO: Absolver a las demandadas respecto de los intereses moratorios reclamados en esta demanda por la parte actora. (...)"

Para fundamentar su decisión, resaltó en primer lugar que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra expresamente las obligaciones de los promotores de las distintas A.F.P., quienes

debían suministrar información suficiente, amplia y oportuna a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación.

Adujo que el alcance de las normas que regulan los traslados fue interpretado a través de la sentencia con radicado 31989 del 2008, cuando se precisó que en esas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional el que tiene la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de las decisiones que persigue, de tal manera la diligencia debida de traduce en un tránsito de la carga de la prueba de la actora a la entidad demandada, lo cual se ha ido reproduciendo en sentencias como la SL 12136 de 2014 Rad 46292, rad 33083 del 2011 y la 54814 del 2018, esta última concretó esas obligaciones y dijo que la ineficacia del traslado se daba cuando la insuficiencia de la información generara lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, que no es suficiente la simple suscripción del formulario y que en los términos del artículo 1604 del CC corresponde a la AFP allegar las pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, siendo claro que desde su fundación, las AFP ya se encontraban obligadas a suministrar tal información objetiva, comparada y transparente a los usuarios, sobre todo de las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era claro adquirir un juicio objetivo de las mejores opciones del mercado.

Expuso que en este caso lo anterior no aconteció, porque Porvenir S.A. no logró demostrar durante el debate probatorio que a la demandante, al momento del traslado de régimen, se le hubiera brindado esa información completa, veraz, oportuna, particularizada y concreta sobre las características de uno y otro régimen, su comparación y en especial que se le hubiere estudiado su situación particular para establecer si se encontraba cobijada o no por el régimen de transición.

Frente a la excepción de prescripción recordó que la doctrina del precedente judicial ha dicho que la finalidad de la declaratoria de ineficacia del traslado es un posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual se vuelve imprescriptible, tal y como lo ha considerado la Corte desde la sentencia con radicado 6380 del 2015.

Al descender al caso, expuso que para el año de 1994 la accionante contaba con 36 años, lo que en un primer momento la hace beneficiaria del régimen de transición y frente a las semanas cotizadas se evidencia que al 25 de julio de 2005 contaba con 946.36 semanas, lo que le permite acceder al

régimen de transición con la extensión hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que, conforme la reciente sentencia SL 64860 del 19 de marzo del 2019, las consecuencias de la nulidad no pueden trasladarse a un tercero, en este caso Colpensiones, de modo que no puede asumir sanciones derivadas de mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que solo ha de responder cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la AFP demandada, estando obligada Colpensiones a reconocer la pensión de vejez en el régimen de transición una vez Porvenir S.A. le haya trasladado todos los dineros en la forma que se indicó en esta sentencia, lo cual conlleva a que no se generen intereses de mora.

En cuanto a la demanda de reconvención presentada por Porvenir S.A. con el fin de que la demandante reintegre todas las sumas que recibió por concepto de mesadas pensionales por el reconocimiento de la pensión de vejez, advirtió que se demostró en el proceso que se le viene cancelando a la accionante esta prestación desde el 4 de septiembre de 2014 bajo la modalidad de retiro programado por valor de \$877.803, aclarando que ese reconocimiento viene desde el 5 de septiembre de 2015, pero como se ha advertido con anterioridad en estos casos no resulta procedente el reintegro de las sumas reconocidas por Porvenir S.A. conforme a la jurisprudencia según la cual la AFP tiene el deber de devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación y también según la sentencia del 8 de septiembre de 2008, ya que, como la nulidad fue resultado de la conducta indebida de la AFP esta debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado ya sea por pago de mesadas pensionales en el RAIS y para los gastos de administración también serán asumidos por la AFP según las reglas del artículo 963 del CC.

V. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Interpone recurso contra el numeral 7 de la sentencia para que se revoque frente al momento de la causación del derecho al pago de la pensión de vejez, para que no se declare solo al momento en que se trasladen los aportes, sino desde que se causó el derecho a la pensión y se hizo la última cotización, esto es 1° de agosto de 2014, ya que Colpensiones también violó el principio de la doble información y tampoco demostró que haya realizado las acciones tendientes para que la demandante haya tomado la decisión del sistema más favorable al haberse trasladado al RAIS,

también porque existió una afiliación tácita a Colpensiones según la historia laboral que obra en el plenario, en la que se advierte que hasta el 2012 tenía más de 1300 semanas cotizadas a Colpensiones y esta entidad guardó silencio, lo que claramente corresponde a una afiliación tácita.

Adicionalmente, expuso que debe condenarse a Colpensiones a pagar las diferencias que se hayan causado desde el mismo momento en que se hubiese causado el estatus pensional de vejez, es decir el 1º de agosto de 2014 y el momento en que Porvenir S.A. deje de pagar la mesada pensional, pues en ese momento Colpensiones deberá cancelar la mesada en su totalidad.

Finalmente solicitó, se revoque la absolución de las demandadas en cuanto al pago de los intereses moratorios, ya que los mismos son causados debido a que se violó el principio de la doble información, tanto por parte de Porvenir S.A. como por Colpensiones, por lo que deben asumir las consecuencias de haber descuidado el bien dado en administración.

A.F.P PORVENIR S.A.

Indicó que, en estos casos el ordenamiento jurídico no determinó de forma concreta la forma en que las A.F.P., deben brindar la información, como tampoco la obligación de documentar las asesorías que se daban, bastando con el formulario de afiliación, especialmente cuando las asesorías se daban de forma verbal, además, no puede pasarse por alto que este deber se consolidó mucho tiempo después cuando se crearon obligaciones como los cuadros comparativos, proyecciones, el buen consejo, entre otros, por lo que no tiene sentido que se requiera este tipo de prueba y tampoco que haya que documentar las asesorías, cuando bastaba con el formulario de afiliación para que el traslado fuera efectivo y en este caso el formulario cumplió con los presupuestos legales para su validez para la fecha en que se suscribió, razón por la cual debe darse a este documento el valor probatorio correspondiente, siendo esta la única prueba que demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento.

Solicitó tener en cuenta que los afiliados también son consumidores financieros y por lo tanto, la actora debía cumplir con una mediana diligencia, lo cual suponía asesorarse sobre una información suficiente sobre el acto jurídico del traslado que realizó, sin pasarse por alto que los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran en la ley y debe tenerse en cuenta que

el desconocimiento de la ley no es excusa, su falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar vicios del consentimiento, cuando las consecuencias del traslado están determinadas en la ley.

Dijo que no es creíble lo afirmado por la accionante en su interrogatorio de parte cuando indicó que no sabía que se había trasladado a Porvenir S.A., cuando se demuestra claramente que era una afiliación voluntaria.

Adujo que debe respetarse la voluntad de la demandante cuando firmó y aprobó el bono pensional y el reconocimiento de la pensión del cual ha estado gozando desde el 2015, siendo curioso que su inconformidad se dio hasta el año 2019 cuando instaura la demanda, siendo ilógico que una persona firme un documento como el formulario de afiliación y posteriormente aceptar la pensión y goce de esta y luego manifieste su inconformidad, máxime cuando se ratificó el actuar de la accionante al permanecer durante todos estos años al RAIS, solicitar la pensión y gozar de las mesadas pensionales, no siendo viable retrotraer todo cuando la demandante eligió libremente afiliarse al RAIS y pensionarse en este régimen.

Indicó que la inconformidad de la actora es meramente económica y su única motivación es la del valor del monto de la pensión que recibe al no estar de acuerdo con esta, pero debe tenerse en cuenta que las prestaciones de uno y otro régimen no son comparables, siendo la finalidad de ambos el reconocer el amparo y las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte mediante la pensión, señalando que en el RPM los afiliados tienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley, contrario al RAIS donde estos dependen de los valores aportados a la cuenta de ahorro individual.

En caso de confirmarse la sentencia de primer grado, solicita se devuelvan los valores que la demandante ha recibido por concepto de pensión de vejez por parte de Porvenir S.A., puesto que de no ser así se presentaría un enriquecimiento sin causa que se encuentra contemplado en el artículo 1524 del CC y por más que se indique que Colpensiones debe pagar la diferencia de la mesada pensional que viene cancelando Porvenir S.A. y la que reconozca Colpensiones hasta la fecha en que se genera el pago por parte de Porvenir S.A., ello resulta ser una condena injusta para esta entidad ya que su conducta estuvo ajustada a derecho y respetando el valor de la pensión de la demandante desde el

2015, fecha desde la cual se ha venido pagando sin demora o dilación alguna.

COLPENSIONES

Solicitó se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que la demandante incurrió en contradicciones en su interrogatorio, debiendo analizar este por cuanto manifestó que firmó el formulario en una charla grupal para el año 1996, circunstancia que se contradice con los hechos 7 y 8 de la demanda, en los cuales dice que nunca firmó dicho formulario y que el empleador hizo la afiliación sin su consentimiento.

Indicó que la demandante busca verificar que hubo una afiliación tácita a Colpensiones, lo cual no aplica por cuanto la demandante conocía que estaba afiliada a Porvenir S.A. y lo demuestra con el reconocimiento pensional que se generó en el 2014.

Expuso que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia citadas en el fallo de primer grado no son aplicables a este caso, en especial la sentencia SL 31314 de 2008, pues tiene fundamentos fácticos diferentes a los analizados en este proceso, tal y como lo dispuso el Tribunal en la sentencia del proceso 032019132 en la cual se está frente a un pensionado y la mentada sentencia no podía aplicarse por cuanto el demandante tenía 62 años de edad en el 2008 cuando efectuó su traslado al RAIS, circunstancia que no se presenta en este caso, por cuanto a la demandante, teniendo en cuenta el requisito de la Ley 797 de 2003, le faltaban más de 20 años para la pensión y no se vería esta aplicación análoga en la sentencia citada.

Señaló que en este caso no se está frente a un afiliado, sino a un pensionado, circunstancias que la Corte Constitucional en sentencia C 841 de 2003 aclaró, en el sentido que no era permitido generar un traslado cuando ya se había adquirido la calidad de pensionado, ya que podía ponerse en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.

Respecto al futuro reconocimiento pensional, se señala que cuando la demandante genera su traslado al RAIS, según la Ley 100 de 1993, pierde el régimen de transición y únicamente este puede ser recuperado si cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, la que señala que pueden recuperar el régimen de transición siempre y cuando al 1º de abril de 1994 hubieran cotizado 15 años de servicios, circunstancia que no se presenta

en el caso, por cuanto el Juez al analizar el tema puso en conocimiento el historial laboral que allegó Colpensiones y en este se nota que la demandante no había cotizado esos 15 años al año 1994 y no puede recuperarse el régimen de transición que perdió al momento de generar el traslado.

Adujo que no es procedente que Colpensiones reconozca la pensión conforme los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, además que tampoco está obligada a efectuar reconocimiento pensional alguno en favor de la demandante, por cuanto esta circunstancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema por cuanto en estos casos la finalización de este modelo RAIS es diferente al del RPM y para el caso concreto imponerle a esta entidad un reconocimiento pensional genera una descapitalización del fondo, circunstancia que no fue tomada en cuenta al momento de proferir el fallo de primer grado, máxime cuando se impone que una vez Porvenir S.A. deje de reconocer la pensión Colpensiones efectúe el pago de las mesadas de manera completa.

Finalmente, indicó su oposición a la condena en costas impuesta a Colpensiones pues, si bien no es el momento, es importante señalar que el ISS en el año 1996 solo validó el derecho al libre traslado de la demandante y no puede endilgársele responsabilidad a Colpensiones frente a un negocio del que no hizo parte y no participó, atribuyéndosele consecuencias negativas y perjudiciales.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante auto del 24 de mayo del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos. Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la

noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 863 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir,

que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) La carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De otro lado, en sentencia posterior, concretamente en la SL373-2021, se abordó el tema de la ineficacia del traslado **en el caso de pensionados y de la prescripción para elevar la solicitud de perjuicios**, explicando que:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*)¹, lo cierto es **que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer**, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además*, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generarían la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual **la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones**

jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...) Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a **valorar la totalidad de los daños irrogados** a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe **explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados**.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el **término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento**.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado". (Negritas por la Sala).

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos **de afiliados**, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión

al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de **pensionados** la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; que por lo anterior, **el pensionado que se considere lesionado puede obtener su reparación a través de la solicitud de perjuicios**; y que **el término de prescripción de tal acción debe contarse desde el momento en que el accionante obtiene la calidad de pensionado.**

VII. EL CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 16 de mayo de 1987, según la historia laboral obrante a folios 73 a 90; **ii)** El 22 de mayo de 1996 (fl. 126) se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 15 de enero y 5 de abril de 2019, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 35 y 49) **iv)** El 04 de septiembre de 2014 solicitó pensión ante PORVENIR S.A. con lo que adjuntó la contratación de la renta vitalicia, pensión que se reconoció **a partir del 05 de septiembre de 2015** (fls. 157 a 160).

Pues bien. En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, está probado el traslado del demandante, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegados al

proceso, visible a f.º 126, 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 de la deficiencia en la información por parte de la AFP PORVENIR 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 renta vitalicia que le hizo ésta A.F.P., pues, de conformidad con los documentos que reposan en el expediente, está claro que el 4 de septiembre de 2014, presentó solicitud para pensionarse, la cual fue reconocida y pagada a partir del 5 de septiembre de 2015.

Así las cosas, declarar la ineficacia del traslado y confirmar la decisión 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.º 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).

3

Por lo anterior, la demandante únicamente podría obtener su reparación a través de la solicitud de **perjuicios** -pretensión que no se elevó en el presente juicio-.

Así las cosas, no queda otro camino que **REVOCAR la sentencia**, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por la accionante. Por sustracción de materia no se hace necesario el estudio de los demás argumentos presentados en apelación, y se aclara que no hay cabida a las pretensiones de la demanda de reconvención, como quiera que las mismas estaban ligadas a la declaración de la ineficacia de traslado.

VIII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11001310500320190049401

Demandante: **NIDIA ROMERO VALENCIA**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

**SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA
SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos. En su lugar, se **ABSUELVE** a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, así como a la parte actora de las pretensiones elevadas en la demanda de reconvención, conforme se expuso en la parte motiva de esta determinación.

SEGUNDO. -Sin costas en ambas instancias.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

I. SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ENRIQUE MAIGUEL CARRIZOSA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” e ineficacia del traslado de régimen que realizó el actor el día 14 de mayo de 1996 a Protección S.A.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los

rendimientos financieros y bonos pensionales, y a esta última a realizar las gestiones pertinentes para anular dicho traslado, así como recibir al accionante sin solución de continuidad.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 23 de julio de 1960; 2) Se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS el 24 de agosto de 1992; 3) El 14 de mayo de 1996 se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS), mediante afiliación a Protección S.A.; 4) La aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP que lo recibió; 5) El traslado realizado el 14-05-1996 se destacó por la indebida y nula información que suministró el fondo privado para convencerlo de que se trasladara de régimen pensional; 6) Previo a su traslado cotizó al ISS un total de 160.86 semanas; 7) Desde su afiliación al RAIS hasta el 31-12-2018, cotizó un total de 1161.43 semanas; 8) Hasta el 31-12-2018 ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1278.86 semanas; 9) Protección S.A. no le informó antes del 23 de julio de 2012, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; 10) El 04-02-2019 solicitó a Protección su traslado de régimen; 11) Elevó derecho de petición a Colpensiones el 01-02-2019 solicitando su traslado de régimen.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 77-100) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el RPM, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

Adujo que el demandante se encuentra próximo a cumplir la edad mínima requerida para pensionarse, por lo que debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que no es posible efectuar el traslado de régimen del accionante, ya que se encuentra inmerso en la prohibición temporal establecida por la ley para efectuar el traslado de régimen.

Precisó que ante Colpensiones, el traslado realizado por el demandante a Protección S.A. se hizo de manera libre y voluntaria, por lo que es necesario

que dentro del proceso se pruebe que le fue brindada una información sesgada, sin advertirle los riesgos entre uno y otro régimen para el momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Indicó que la afiliación no adolece de causal de nulidad, pues, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Por lo anterior, expuso, no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, adicionalmente, de encontrarse alguna nulidad, la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 de la mentada codificación.

Concluye indicando que, al haber fundado el actor su pretensión en el hecho de haber sido engañado por los asesores de Protección S.A., de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

PROTECCIÓN S.A. (fl. 111-137) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y propuso como excepciones de mérito, las que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Adujo que esa entidad tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesaria para que estén en capacidad de darla a conocer a los posibles afiliados que soliciten su traslado de régimen o de administradora, sobre las características propias del RAIS y el RPM, garantizando que estos tomen la decisión con información objetiva, veraz, suficiente y oportuna.

Indicó que son los trabajadores los que manifiestan de manera libre y voluntaria su decisión de afiliarse al fondo de pensiones administrado por Protección S.A.

Refirió que el demandante suscribió formulario de afiliación el 14 de mayo de 1996, mediante el cual solicitó su traslado de régimen y Protección S.A. entregó información objetiva al accionante sobre los dos regímenes pensionales y la comparación entre estos, con el fin de que tomara una

decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

Expuso que el formulario de afiliación previsto por esa entidad y suscrito por el demandante al momento de vincularse, se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

Mencionó que, en este caso no se está frente a la ineficacia de la afiliación del demandante, pues es claro que él expresó su voluntad de traslado, contando para el efecto con toda la información que requería, de tal manera que se está frente a un negocio jurídico válido, en el cual confluyeron todos los elementos requeridos para su validez y existencia.

Indicó que, en el presente caso no estamos frente a un vicio del consentimiento representado en la fuerza o el dolo, el cual debe ser demostrado, refiriendo el demandante haber incurrido en error al no recibir la adecuada información por parte de Protección S.A. en su traslado de régimen y por ello, es de indicar que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, tal y como lo establece el artículo 1509 del Código Civil.

Por lo anterior, expuso, no puede por disposición legal darse cabida a una nulidad por causa de vicio del consentimiento representado en el error en cuanto a un punto de derecho, como sería el entendimiento errado de las consecuencias a nivel normativo de la decisión que libremente tomó el demandante para trasladarse de régimen.

Concluyo mencionando que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación del demandante al RAIS ocurrió por error y dolo, y por lo tanto se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración al respecto estaría prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

2. SENTENCIA APELADA

La **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante Carlos Enrique Maiguel Carrizosa el 14 de mayo de 1996, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por lo considerado.

Segundo: Ordenar al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –

Colpensiones, la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del señor Carlos Enrique Maiguel Carrizosa, sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, a su vez, se ordenará a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados.

Tercero: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto: Absolver al fondo de pensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...)”

La *a quo*, señaló que la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 12136 del 2014, SL4426 de 2019, entre otras, recordó que desde su fundación las AFP tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones del mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses; ahora, la información a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia en descripción a las características, condiciones, accesos servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un paragón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

En cuanto a la carga de la prueba, dijo, la citada Corporación expuso que si el afiliado alega que no se le dio la información debida en el momento en que se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, por lo cual, conforme el artículo 167 del CGP, las negaciones indefinidas no requieren pruebas, agregando que esa inversión de la carga de la prueba también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil, con lo que es la AFP la que debe acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional, señalando que dicha presupuesto probatorio se aplica sin importar si el afiliado tenía o no un derecho consolidado, una expectativa legítima o un beneficio transicional.

Para el caso concreto, expuso, se estableció que el demandante se afilió al RPM el 24 de agosto de 1992 y allí cotizó 160.86 semanas y posteriormente se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. el 14 de mayo de 1996, que el 28 de mayo de 2010 se realizó reasesoría del afiliado por parte de dicha AFP y con la solicitud de vinculación del 14 de mayo de 1996 se verifica que el demandante imprimió su firma en el formulario, adicionalmente, en su interrogatorio de parte señaló que en el

año de 1996 en el traslado se le indicó que en el RAIS se podría pensionar cuando quisiera, sin embargo, manifestó que desconocía cómo se construiría su mesada pensional en este régimen, adicionalmente aceptó que firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación y que la AFP le brindó una reasesoría en el 2012 en la cual se le hizo una proyección pensional de su mesada en cada régimen y se le puso de presente que se encontraba en el momento límite para regresar al RPM.

Adujo que, conforme lo anterior, las pruebas allegadas no permiten establecer que Protección S.A., al momento del traslado en el año 1996 le hubiese indicado al accionante las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, para demostrar el cumplimiento del deber de información, especialmente cuando no bastaba la manifestación que quedó plasmada en el texto preimpreso del formulario de afiliación y tampoco únicamente que el demandante conociera los requisitos mínimos para la pensión de vejez en el RPM o que se le hubiera indicado alguna característica del RAIS, además, la reasesoría brindada en el año 2012 no subsana o suple las deficiencias que se presentaron frente al cumplimiento del deber de información que se deprecia al momento del traslado de régimen, tal y como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688 de 2019, en la que se dijo que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

Concluyó indicando que, por disposición del artículo 48 de la Constitución el derecho a la seguridad social es subjetivo y de carácter irrenunciable, por lo que no puede ser abolido por el paso del tiempo y como la acción encaminada a obtener la nulidad de la afiliación por cambio de régimen se encuentra íntimamente ligada con el derecho pensional del afiliado, no se encuentra sujeta a las reglas de prescripción.

3. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Indicó, que no hay vicios del consentimiento o dolo en el presente asunto, pues no había una expectativa legítima para el actor, ya que para la fecha del traslado el demandante contaba con menos de 750 semanas de cotización y le faltaban más de 20 años para la pensión, además debe tenerse en cuenta que el accionante no era beneficiario del régimen de transición para proceder con su regreso al RPM, por lo que el actor deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el sistema del cual se encuentra afiliado.

Adujo que la sentencia con radicado 2016008701 del 17 de enero de 2017 del Tribunal de Pereira, en la que se indica que la simple inconformidad en el valor de la pensión a recibir en el RAIS en comparación con la del RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado el actor lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, teniendo en cuenta que el actor en su interrogatorio de parte manifestó que su principal motivación del proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que hoy recibiría en el RAIS, pero en el caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado del actor, las AFP solo tenían la obligación de brindar información sobre las obligaciones a la hora del traslado, por lo que no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue desinterés o descuido por parte del demandante, pues se evidencia que el mismo decide seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

PROTECCIÓN S.A.

Expuso que el recurso se dirige frente a la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia en lo que se refiere a los descuentos por gastos de administración y de seguros, teniendo en cuenta que no se dieron los presupuestos correspondientes dentro del debate para hacer las declaratorias extra y ultra petita y en tal sentido teniendo en cuenta que la parte actora no solicita el reconocimiento ni solicitud de reconocimiento de dichos valores al RPM, siendo claro que el artículo 1746 del CC es claro en establecer cuales son las consecuencias de las nulidades de los actos jurídicos, señalando que con el reconocimiento de los intereses, que serían los rendimientos que recibió el demandante en vigencia de su afiliación al RAIS, se encuentran de esta manera compensadas y se da la aplicación de las restituciones mutuas, por lo anterior, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es clara en establecer que en los casos en los cuales se ha ordenado el no descuento por gastos de administración han sido casos en los cuales efectivamente hubo un cercenamiento el derecho pensional o expectativa legítima del afiliado, situación que no se verifica en el presente caso por cuanto se señala que a la fecha de su afiliación el demandante solo tenía cotizadas 160 semanas en el RPM y aceptar tal situación significaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, quien se ha lucrado por más de 20 años de esos rendimientos que le dio el RAIS y que no recibiría en el RPM y, adicionalmente, si la decisión es la declaratoria de la nulidad y el retrotraerse todo a su estado original, el demandante, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también hubiese tenido que realizar los gastos de administración por ser dineros establecidos en la ley y que son cobrados en ambos regímenes.

Así mismo, indicó que no habría lugar a declararse como tal unas nulidades en relación con la no autorización de descuentos ya realizados

por concepto de primas de servicio por seguros, teniendo en cuenta que estos dineros son autorizados por la ley y al no haber una mala fe.

Expuso que en el contrato no solamente Protección S.A. fue parte, por lo que todas las aseguradoras que recibieron estos dineros son terceros de buena fe y debieron hacer parte del proceso, por cuanto estos dineros no los tiene Protección S.A. y fueron trasladados a las aseguradoras que en su momento asumieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia, situación que no se está verificando, máxime cuando el demandante fue claro en su interrogatorio de parte al aceptar y tener conocimiento que tenía unos beneficiarios dentro del contrato y como consecuencia de ello tenía conocimiento que en caso de muerte accederían dichos beneficiarios en caso de tener requisitos para acceder a una de estas prestaciones y en tal sentido no hay soporte alguno ni se dio ninguno de los presupuestos para las condenas ultra y extra petita para ordenar dicha condena.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por Colpensiones, quien reiteró lo expuesto en su contestación y recurso interpuesto.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional

efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información

clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las

distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido, información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que

se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a l. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) En cuanto a la posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las

cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

IV. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 24-08-1992 (fl. 94); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 14-05-1996 a través de la A.F.P PROTECCIÓN S.A. (fl. 112); y **iii)** que los días 1 y 4 de febrero de 2019 (fl 7 y 9) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 112 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 14 de mayo de 1996 con la AFP Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“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

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Protección S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto,

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por Colpensiones al sustentar su recurso.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación

inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido durante todo el tiempo que el accionante permaneció en dicho régimen.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por Colpensiones referente a que el demandante tenía la obligación de conocer e informarse en virtud del deber de diligencia en sus negocios y, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

En lo que se refiere al hecho que el demandante no tenía una expectativa legítima al momento de su traslado de régimen y que no era beneficiario del régimen de transición, lo que arguyó Colpensiones, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**,

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PROTECCIÓN S.A**, a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

Código Único de Identificación: 11001310500920190024301

Demandante: **CARLOS ENRIQUE MAIGUEL CARRIZOSA**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A**

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

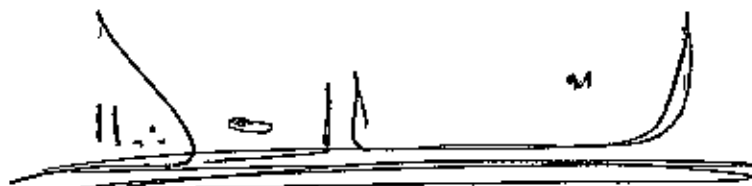
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310501120190013301

Demandante: **JESÚS FERNANDO LÓPEZ BRAVO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NÚÑEZ, identificado (a) con C.C. No. 1.018.456.532 y T.P. No. 273.998 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica a la doctora BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, identificada con C.C. No. 1.121.914.728 y T.P. No. 288.455 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020.

SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JESÚS FERNANDO LÓPEZ BRAVO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, OLD MUTUAL SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda **se pretende** se declare la “nulidad” e ineficacia del traslado de régimen que realizó el actor el día 1° de agosto de 1995 a través de Porvenir S.A, así como los traslados posteriores hechos entre administradoras del RAIS.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a Protección S.A., Old Mutual S.A. y Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, y a esta última a realizar las gestiones pertinentes para anular dicho traslado, así como recibir al accionante sin solución de continuidad.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes **hechos**:

1) Nació el 02 de noviembre de 1957; 2) Se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS el 27 de mayo de 1993; 3) El 01 de agosto de 1995 se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS), mediante afiliación a PORVENIR S.A.; 4) Posteriormente se traslada a LA AFO PROTECCIÓN S.A. y luego a LA AFP OLD MUTUAL S.A.; 5) La aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP que lo recibió; 6) El traslado realizado el 01-08-1995 se destacó por la indebida y nula información por parte de las AFP privadas; 7) Previo a su traslado, cotizó al ISS un total de 111 semanas; 8) Desde su afiliación al RAIS hasta el 31-07-2018, cotizó un total de 812 semanas, siendo la última entidad a la que aportó Old Mutual S.A.; 9) Old Mutual S.A. no le informó antes del 02 de noviembre de 2009, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; 10) El 04-09-2018 solicitó a Old Mutual S.A. su traslado de régimen, en el mismo sentido elevó petición ante PORVENIR S.A. con fecha 30-08-2018 y ante Protección S.A. hizo la misma solicitud el 16-01-2019; 12) Elevó derecho de petición a Colpensiones el 03-09-2018 solicitando su traslado de régimen.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

OLD MUTUAL S.A., (fls. 120-209) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Expuso que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación respecto de esa sociedad y dentro del contenido de la demanda no se establece cuál es la naturaleza de la nulidad que pretende, adicionalmente, dijo que la nulidad aquí pretendida no puede ser otra que la relativa, pues no se cumplen los supuestos de hecho necesarios para argüir una nulidad absoluta, por ende la única posible causal de nulidad sería la de los vicios del

consentimiento, los cuales no se configuraron en este caso, máxime cuando el error de derecho no vicia el consentimiento.

Adujo que, el deber de información en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, debe verificarse en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, por cuanto para la expedición de la Ley 100 de 1993 tal requisito no se encontraba vigente, además, si bien es cierto debía existir el deber de información al momento del traslado, no es menos cierto que el Sistema General de Pensiones y sus regímenes se encuentran creados por disposición legal y allí se compilan todas las normas que lo regulan.

Concluyó indicando que el accionante cuenta con 61 años, con lo que se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 y la única opción que tendría para trasladarse al RPM sería que fuera beneficiario del régimen de transición, lo cual no acontece en este asunto, pues para el 1° de abril de 1994 el actor no contaba con 15 años de servicios.

Por su parte, **COLPENSIONES**, (fls. 210-247) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Adujo que, para el 3 de septiembre de 2018, fecha en la cual el demandante solicitó ante Colpensiones su traslado contaba con 60 años, esto es, cuando se encontraba dentro de una prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Precisó que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Por lo anterior, expuso, no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, adicionalmente, de encontrarse alguna nulidad, la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 de la mentada codificación.

Concluye indicando que, al haber fundado el actor su pretensión en el hecho de haber sido engañado por los asesores de Protección S.A., de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

PROTECCIÓN S.A. (fl. 260-270) se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito, las que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Refirió que el demandante suscribió formulario de afiliación el 19 de febrero de 1997, mediante el cual solicitó su traslado de administradora, en el cual se corrobora en el campo de voluntad de afiliación, que el mismo tomó su decisión de traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones, además, Protección S.A. entregó información objetiva al accionante sobre los dos regímenes pensionales y la comparación entre estos, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

Indicó que, en el presente caso no se está frente a un vicio del consentimiento representado en la fuerza o el dolo, el cual debe ser demostrado, refiriendo el demandante haber incurrido en error al no recibir la adecuada información por parte de Protección S.A. en su traslado de régimen y por ello, es de indicar que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, tal y como lo establece el artículo 1509 del Código Civil.

Por lo anterior, expuso, no puede por disposición legal darse cabida a una nulidad por causa de vicio del consentimiento representado en el error en cuanto a un punto de derecho, como sería el entendimiento errado de las consecuencias a nivel

normativo de la decisión que libremente tomó el demandante para trasladarse de régimen.

Concluyó advirtiendo que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación del demandante al RAIS ocurrió por error y dolo, y por lo tanto se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración al respecto estaría prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

PORVENIR S.A. (fl. 286-330) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y propuso como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que en el caso bajo estudio no hay ninguna razón para considerar que el demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a la demandada por carecer del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones de acto jurídico que estaba llevando a cabo.

Adujo que durante su vinculación a esa AFP la activa contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculado al RAIS.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“Primero: Declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por el aquí demandante Jesús Fernando López Bravo a Protección S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Segundo: Declarar que, para todos los efectos legales, el aquí demandante Jesús Fernando López Bravo nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente decisión.

Tercero: Condenar a Old Mutual, sociedad con la cual el actor mantiene en la actualidad vigente su afiliación, trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del aquí demandante Jesús Fernando López Bravo, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Cuarto: Ordenar a Colpensiones a admitir el traslado del aquí demandante Jesús Fernando López Bravo con sus aportes al RPMPD de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

Quinto: Declarar no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. (...)”

El a quo, señaló, en primer lugar, que si bien en el debate probatorio hubo una inconsistencia frente a los hechos que dan cuenta del traslado del demandante del RPM al RAIS, lo cierto es que hay una realidad y es que en la actualidad el actor hace parte del RAIS y si bien hay falencias, de antaño se ha indicado que el operador de justicia debe interpretar la verdadera intención del demandante, sin ir más allá, sin abordar cualquier otro tipo de pretensiones, posición reiterada en sentencia SL 19488 del 2017, y para el caso concreto a folio 303 se encuentra el formulario SIAFP donde se da por válido el traslado y se hace una corrección para el mes de febrero del año 1997, donde deberá recaer sobre este traslado que se encuentra sentado en el formulario y en la información dada por el órgano que tiene a su cargo el deber de información como lo es el SIAFP.

Expuso que, en esta clase de procesos la carga de la prueba recae en las AFP, las cuales deben demostrar que suministraron la información completa y comprensible, pertinente y veraz, acerca de las características y beneficios o desventajas que le reportaron al potencial afiliado en el traslado de régimen pensional.

Descendiendo al caso concreto, explicó que la AFP Protección S.A. sólo se limitó a allegar el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 1997, cuando se trasladó de un régimen pensional a otro, siendo nulo el material probatorio tendiente a demostrar el deber de información, pues del interrogatorio de parte realizado por todas las demandadas, no se pudieron verificar hechos susceptibles de confesión y que les favoreciera.

Afirmó acatar el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, como quiera que las entidades no demostraron en el juicio el contenido ideal y el alcance de la información suministrada al demandante al momento del traslado ni de la movilidad entre AFP, y, pese a que se podría hablar de una ratificación de la voluntad, no se puede abordar la resolución del presente caso desde tal perspectiva y con la órbita sentada por la doctrina probable, se concluye que las AFP incumplieron con la carga de la prueba y por ello se declara la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al RAIS.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR A.FP., indicó que, según la corrección se registra que la afiliación se generó a Protección en 1997, sin embargo, se condena a Porvenir S.A. en costas tras la declaratoria de ineficacia del traslado, sin que se comparta la obligación impuesta por el Despacho a cargo de las AFP en las cuales ha estado afiliado el demandante desde su afiliación inicial al RAIS, considerando que se impone a Protección S.A. un deber de información que no se encontraba vigente para el año de 1997 cuando se hizo el traslado de régimen, sin que pueda pasarse por alto que el demandante señaló que fue visitado por un asesor del fondo e indicó que se le dio la información del cambio de régimen.

Expuso que para la fecha del traslado del demandante se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993 el cual no imponía un deber de información en los términos que el despacho traslada a las AFP y en esta ocasión la información correspondía a la general o veraz, pero de ninguna manera las AFP estaban obligadas a brindar información sobre las consecuencias, ni proyecciones de mesadas que no se podían dar en ese momento porque ello ha sido un desarrollo jurisprudencial y se ha venido colocando en cabeza de las AFP obligaciones que no estaban vigentes para esa época, aunado a lo cual, la Ley 100 de 1993

no fijó la obligación de información, sino que simplemente señaló la posibilidad de efectuar una elección de manera libre y voluntaria.

Adujo que se pasó por alto la manifestación de voluntad del actor de trasladarse de régimen, lo cual tiene unos efectos jurídicos que no pueden ser tomados de manera netamente formal, especialmente cuando se está en presencia de un profesional del derecho con capacidad de conocimiento, inclusive respecto de la Ley 100 y de los regímenes pensionales y además, dada su condición de consumidor financiero.

Argumentó que se está en presencia de una persona plenamente capaz, en condiciones de establecer las consecuencias de su decisión e inclusive debe tenerse en cuenta que lo que motiva la decisión de traslado no es una falta de información, de la cual no estaban obligadas las AFP a darla al momento del traslado, o un engaño, lo que motiva el traslado, como lo confesó el demandante, es el hecho de que según su dicho va a tener una pensión de mayor valor en Colpensiones que en el RAIS.

Finalmente, dijo que al demandante no se le causó un perjuicio, pues solo llevaba dos años cotizando en el ISS al momento del traslado, no era beneficiario del régimen de transición y en tal medida no hay forma de establecer perjuicios y generar la ineficacia.

LA A.F.P. OLD MUTUAL S.A., expuso que el recurso se interpone frente a los gastos de administración, ya que se puede constatar en el plenario, que la demandante no solicitó de manera expresa la devolución de los gastos de administración y el juez tomó por sorpresa al ordenar el pago de estos rubros, lo que viola el derecho de defensa y contradicción, ya que no fue planteado en el escrito de demanda, ni fue objeto de debate, además, también hay un sustento legal contenido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, donde se especifica que del porcentaje de lo cotizado el 3% se destina a los gastos de administración.

Explicó que no existe una armonía entre lo dicho por la jurisprudencia hito y lo señalado en la ley, específicamente en el Decreto 3995 de 2008 - artículo 7, el cual habla de los traslados de recursos entre regímenes, siendo este el que debe ser aplicado por los operadores, determinando los valores que deben retornarse y dicho artículo no hace referencia a que al RAIS le corresponda hacer devoluciones de aportes referentes al

3% de los gastos de administración y solo se habla de la devolución de lo contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante y el fondo de garantía de la pensión mínima del RAIS, pero no incluye el porcentaje de los gastos de administración.

Argumenta que lo anterior guarda armonía con el concepto emitido por la Superfinanciera, que el 15 de enero del 2021 donde se indicó que la ineficacia produce el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro del afiliado y sus rendimientos generados, así como los porcentajes de la garantía de la pensión mínima, observando que tanto la ley como los conceptos de la Superfinanciera respaldan que no se deben trasladar los gastos de administración porque estos están destinados para cubrir pólizas que se pagan por invalidez y muerte, que respaldan al afiliado, es decir, desde el 2003 estos dineros no se encuentran en las arcas de estas entidad, ya que se trasladaron a las aseguradoras para cubrir cualquier contingencia que pudiese sufrir el demandante y por ello es inviable ordenar la devolución de un dinero con el cual ya no cuenta la AFP, ya que con esos porcentajes se respaldaron los seguros.

Finalmente, indicó que se afecta la sostenibilidad financiera y económica de los fondos al tener que respaldar con su propio patrimonio dineros con los que ya no cuenta, además, que opera la figura de la prescripción ya que esta no opera en los gastos de administración pues estos no soportan la pensión y se utilizan para cubrir otros fines ya determinados.

Finalmente, **COLPENSIONES**, recalcó que este tipo de decisiones se deben adecuar al principio de sostenibilidad financiera del artículo 48 de la Constitución y el Acto Legislativo 01 del 2005, ya que de no ser así se genera una situación que resquebraja la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando con el sostenimiento del mismo y desdibujando totalmente el RPM, pues la estabilidad se garantiza en la medida que el sistema general percibe y mantiene a través de medios jurídicos y financieros los fondos económicos para pagar mes a mes la cantidad de pensiones y precaver la satisfacción de las pensiones futuras.

Por lo anterior, argumentó que sería el patrimonio público el que pagaría la pensión que recibiría el demandante ya que su ahorro lo hizo de manera individual y este no ayuda a pagar las

pensiones de los pensionados en el RPM y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión.

Adujo que, en caso de que se declare la nulidad, considere la realización del cálculo actuarial a cargo del fondo correspondiente del vicio o del demandante para soslayar la descapitalización del sistema, teniendo en cuenta la sentencia SU-062 del 2010 para que una persona pudiera acceder al traslado deberá cumplir con los requisitos de las 750 semanas y además que tendrá que pagar el cálculo de rentabilidad situación que en este caso no se debe desconocer.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 25 de marzo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por Colpensiones y Porvenir, quienes reiteraron lo expuesto en su contestación y recursos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha

prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la

norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se

explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un

tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

De otro lado, en reciente sentencia del Órgano de Cierre, al referirse a la **posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Sala de Casación Laboral, sentencia **SL3464-2019** radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 lo siguiente:

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

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

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

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 22-12-1995 (fl. 12 y 243); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 14-02-1997 a través de la A.F.P PROTECCIÓN S.A. (fl. 267 y 304); iii) que realizó traslado entre administradoras del RAIS así: el 10-10-1997 a la AFP Colpatria (posteriormente Horizonte – hoy Porvenir S.A) (fl. 304 y 306) y el 23-06-2006 a Skandia (hoy Old Mutual) (fls. 162) y; iv) que 03-09-2018 y 30-08-2018 (fl 16 y 19) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Así mismo, a folio 167 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 14 DE FEBRERO DE 1997 con la A.F.P PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia transcrita *in extenso* en precedencia así como en posterior decisión¹, según las cuales “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.”

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, los fondos privados demandados tienen la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación, tal como fue argumentado por las demandadas en sus apelaciones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de

ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, frente al recurso de la pasiva referente a la condena concreta a la devolución o traslado a COLPENSIONES de los **gastos de administración**, debe decirse, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías OLD MUTUAL S.A., incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es,

como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que ordenó la devolución de las cuotas o gastos de administración para que estos sean debidamente indexados, todo ello en virtud de la consulta que se surte en favor de la entidad de pensiones pública.

Ahora bien, atendiendo la sentencia inmediatamente citada y el argumento presentado por **PORVENIR S.A.**, al momento de presentar su apelación, ha de decirse que, si bien dicha entidad no fue la que realizó el traslado de régimen inicial del actor y/o tampoco tuvo injerencia en el mismo, lo cierto es que la declaratoria de ineficacia debe ser asumida por todas las entidades del RAIS a las que hubiese estado vinculado el demandante, además.

En lo que respecta a la ratificación por traslados entre administradoras del RAIS, otro de los argumentos señalados por **PORVENIR S.A.**, ha de indicarse que, tal y como lo expuso la sentencia SL 1688 de 2019 arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo

efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el traslado entre AFP del mismo régimen.

En cuanto al argumento presentado también por dicha AFP, referente a que el demandante, atendiendo su profesión de abogado tenía la obligación de conocer la ley pues su ignorancia no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

En lo que se refiere al hecho que el demandante no tenía una expectativa legítima al momento de su traslado de régimen y que no era beneficiario del régimen de transición, argumento presentado por la entidad antes mencionada, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Así mismo, conforme la sentencia SL 1421-2019 la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, incluidos los gastos de administración, los cuales serán asumidos por la AFP a cargo de su propio patrimonio, con lo que no se acepta el argumento esbozado por Old Mutual S.A. en su recurso.

En cuanto a lo solicitado por **PORVENIR S.A.**, respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con esta sociedad.

Frente al argumento expuesto por **COLPENSIONES** en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se

hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: “la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, **se CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL

SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA
SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

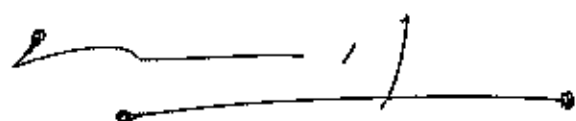
R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **OLD MUTUAL S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

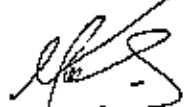
SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en **EDICTO** atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

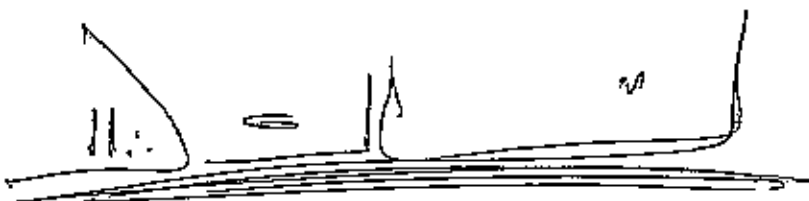
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2015-00767 -01
Demandante: **GLORIA NAYLEN ARDILA OSMA.**
Demandado: **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO Y
EFECTIVA C.T.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA NAYLEN ARDILA OSMA** promoviese contra **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO y EFECTIVA C.T.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO y EFECTIVA C.T.A.** del 03 de octubre de 2005 al 15 de marzo de 2012; que fue despedida sin justa causa; y que tiene derecho a comisiones por los servicios prestados. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa, pago de comisiones, y aportes a seguridad social; el reajuste de su liquidación final de prestaciones sociales; indemnización moratoria; e indexación.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta: 1) El 03 de octubre de 2005 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con **EFECTIVA C.T.A.**, para desempeñar el cargo de Asesor Comercial; 2) **EFECTIVA C.T.A.**, hace parte del grupo empresarial **SALUDCOOP E.P.S.**; 3) Prestó sus servicios al grupo **SALUDCOOP E.P.S.**, cumplía horario de trabajo de 7:30 A.M. a 5:30 P.M., y atendía ordenes e instrucciones de su empleador; 4) Devengó como último salario la suma de \$1'766.700; 5) Laboró hasta el 15 de marzo de 2012, siendo despedida sin justa causa, y sin que se le pagara la correspondiente indemnización; 6) Se le adeuda el pago correspondiente a comisiones, valor que tampoco se tuvo en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales; y 7) El 21 de septiembre de 2012 y el 13 de marzo de 2015, presentó reclamación de sus derechos laborales, ante **EFECTIVA C.T.A.**, y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2015-00767 -01
Demandante: **GLORIA NAYLEN ARDILA OSMA.**
Demandado: **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO Y
EFECTIVA C.T.A.**

SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO,
respectivamente

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

EFECTIVA C.T.A. (fls. 201 a 224), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la relación laboral, carencia del derecho, buena fe, prescripción, compensación, y cobro de lo no debido.

No aceptó ningún hecho. Expuso que la relación que existió con la demandante estuvo regida por un convenio de asociación celebrado entre las partes; y que la terminación del convenio de asociación obedeció únicamente a la imposibilidad económica de la C.T.A. para sostener el puesto de labor de la actora, la que fue consecuencia de la terminación de los contratos de prestación de servicios celebrados con sus clientes.

Indicó que los servicios prestados por la accionante no fueron únicamente con **SALUDCOOP E.P.S.**, y versaron sobre la promoción, comercialización, y colocación de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud; que fue voluntad de la actora prestar sus servicios profesionales de manera autogestionaria, autónoma, con autodeterminación y autogobierno; que el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, en las cooperativas de trabajo asociado es el establecido en los estatutos y reglamentos; que al tenor de lo dispuesto en la Ley 1233 de 2008 y el Decreto 3553 de 2008, la suma de dinero mensual que se paga en tratándose de convenios de asociación se denominan compensaciones ordinarias, y la que se paga de forma semestral, compensaciones

extraordinarias; que en desarrollo del contrato asociativo, es dable entregar las herramientas y/o medios de producción; y que la accionante participó activamente en la toma de decisiones de la cooperativa.

SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO (fls. 259 y 260), contestó a través de Curador Ad Litem, quien manifestó que los hechos de la demanda debían acreditarse. No propuso excepciones.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre la actora, en calidad de trabajadora, y la E.P.S. SALUDCOOP ORGANISMO COOPERATIVO, en calidad de empleadora, y que estuvo vigente entre el 03 de octubre de 2005 y el 15 de marzo de 2012, el cual fue terminado por despido sin justa causa, y respecto del cual la demandada EFECTIVA C.T.A. fungió como intermediaria.

SEGUNDO: CONDENAR solidariamente a E.P.S. SALUDCOOP ORGANISMO COOPERATIVO y EFECTIVA C.T.A. a pagar la demandante la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T. por el valor de \$5'730.789 debidamente indexada al momento de su pago conforme a los índices de precios del consumidor.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones incoadas por la demandada EFECTIVA C.T.A. denominadas inexistencia de la relación laboral y prescripción, y **DECLARAR PARCIALMENTE** las denominadas pago y cobro de lo no debido.

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de \$1'500.000, como valor de las agencias en derecho.

En síntesis, refirió que conforme a la Ley 789 de 2002, el Decreto 4586 de 2006, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las cooperativas de trabajo asociado no pueden actuar como intermediarias de personal laboral, ni

disponer de mano de obra para labores temporales, así como tampoco remitirlos en misión con el fin de que lleven a cabo labores con terceros contratantes; que recayó confesión ficta sobre el hecho de que SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO y EFECTIVA C.T.A. celebraron contratos de prestación de servicios para que se aportara la fuerza de trabajo de asesores comerciales, sin que tal situación hubiese sido desvirtuada; que de la misma manera se encuentra demostrado que la actora prestó sus servicios como Asesora Comercial a favor de SALUDCOOP E.P.S., siendo EFECTIVA C.T.A., únicamente una intermediaria; y que por lo anterior, hubo transgresión de las normas que rigen el cooperativismo.

Indicó que está acreditado que la accionante devengaba una compensación ordinaria y un valor por concepto de afiliaciones que se lograran realizar mensualmente; no obstante, únicamente se acreditaron las sumas percibidas por este último rubro, del 01 de enero y el 15 de marzo de 2012; que no operó la excepción de prescripción dado que se logró interrumpir, pues la trabajadora reclamó el 21 de septiembre de 2012 y se demandó el mismo día y mes de 2015, por demás que el auto admisorio se notificó antes del término de un año; que efectuada la reliquidación de la liquidación final de prestaciones sociales con los valores demostrados en juicio, esto es, la suma de \$1'235.873, se tiene que las sumas pagadas por el empleador son correctos; y que las compensaciones extraordinarias y el descanso anual hacen las veces de la prima de servicios y las vacaciones.

Concluyó expresando que está demostrado que la terminación del contrato de asociación fue por la imposibilidad económica de **EFECTIVA C.T.A.**, de continuar con la contratación, hecho que no se enmarca dentro de las justas causas de despido; y que la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa debe reconocerse

debidamente indexada, pues su valor ha sido objeto de depreciación.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó debe ser reconocida la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., como quiera que está probado que existió un despido sin justa causa, de manera que, era obligación del empleador reconocer al momento de la terminación la indemnización por despido injusto.

EFECTIVA C.T.A.

Señaló que la demandante nunca fue enviada en misión a **SALUDCOOP E.P.S.**, así como tampoco tuvo un contrato de trabajo sino por el contrario estuvo vinculada mediante convenio de asociación; que **EFECTIVA C.T.A.**, vinculó a sus asociados de manera voluntaria, entre ellos, a la actora, quien participó activamente en asambleas ordinarias, le fue devuelto su aporte social por su condición de asociada, y leyó voluntariamente los estatutos de la asociación; que la terminación del contrato de la actora obedeció a la imposibilidad económica de sostener el puesto de labor, causal que se encontraba vigente en el convenio de asociación y los regímenes de trabajo que establecían que por tal suceso no había lugar a reconocer indemnización alguna; y que en casos de similares características conocidos por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, ha sido absuelta la entidad cooperativa.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora y de EFECTIVA C.T.A. para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si entre la actora y **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO**, existió en realidad un contrato de trabajo en el que **EFECTIVA C.T.A.**, obró en calidad de intermediaria; en caso de así serlo, si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, y si hay lugar al pago de sanción moratoria.

Del contrato de trabajo y los convenios de asociación a Cooperativas de Trabajo Asociado.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la

existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario, como retribución del servicio; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

Por otra parte, el **convenio de asociación** encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación cooperativa que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

Los artículos 9 y 10 del Decreto 0468 de 1990, establecen:

“Las cooperativas de trabajo asociado, de conformidad con la ley, regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo, de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados conforme se establezca”.

“El régimen de trabajo asociado de cada cooperativa deberá contener como mínimo: las condiciones o requisitos particulares para la vinculación al trabajo asociado; las jornadas de trabajo, honorarios, turnos y demás modalidades como se desarrollará el

trabajo asociado; los días de descanso general convenidos y los que correspondan a cada trabajador asociado por haber laborado durante un período determinado; los permisos y demás formas de ausencias temporales al trabajo, autorizadas, y el trámite para solicitarlas o justificarlas; los derechos y deberes particulares relativos al desempeño del trabajo; las causales y clases de sanciones por actos de indisciplina relacionados con el trabajo, así como el procedimiento para su imposición y los órganos de administración a los funcionarios que están facultados para sancionar, las causales de exclusión como asociado relacionadas con las actividades de trabajo, respetando el procedimiento previsto en el estatuto para la adopción de estas determinaciones y todas aquellas otras estipulaciones que se consideren convenientes y necesarias para regular la actividad de trabajo asociado de la cooperativa”;

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.*

De la normatividad señalada, se concluye que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, salvo las excepciones autorizadas por ley, y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de trabajadores y gestores de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza

la actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, que a su tenor disponen:

“Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo”.

“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes”.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si bien la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada (sentencias del 06 de diciembre de 2006, Rad. 25713 y SL6441-2015):

“(…) no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del

objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** Gloria Naylen Ardila Osma celebró convenio de asociación el 03 de octubre de 2005 con EFECTIVA C.T.A. para desempeñar el cargo de Asesor Comercial (fls. 12 a 14).
- ii)** La accionante participó en la asamblea de asociados ordinaria del año 2007 (fl.198).
- iii)** A la demandante le fueron pagadas compensación por descanso, compensaciones semestrales, compensación anual extraordinaria, intereses de la compensación anual extraordinaria, y le fueron efectuados sus aportes a salud y pensión durante el transcurso de relación asociativa por parte de EFECTIVA C.T.A. (fls. 110 a 115 y 119 a 171).
- iv)** El 14 de marzo de 2012, a la actora le fue terminado el convenio de asociación por parte de EFECTIVA C.T.A. por cuanto existía imposibilidad económica para que la cooperativa pudiera mantener el puesto de trabajo (fl.11).
- v)** A favor de la accionante se efectuó la liquidación final del Convenio de Trabajo, en el que no se incluyó ningún tipo de indemnización por terminación de su convenio de asociación (fls.15 y 16).
- vi)** La actora el 25 de junio y el 21 de septiembre de 2012 solicitó ante EFECTIVA C.T.A. la reliquidación de sus comisiones, dado que no coincidían con los pagos que le realizaron (fl.19).

vii) La accionante el 13 de marzo de 2015 solicitó ante SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO el pago de sus acreencias laborales (fl.18)

De igual manera, y ante la inasistencia del representante legal de la sociedad **EFECTIVA C.T.A.** a la audiencia de conciliación y a rendir interrogatorio de parte, el A Quo, tanto en la audiencia de pruebas, como en la sentencia, presumió que eran ciertos los fundamentos fácticos 1 a 17 de la demanda, en los que se señaló que:

- La actora celebró contrato de trabajo escrito a término indefinido el 03 de octubre de 2005 con EFECTIVA C.T.A.
- La demandante desarrollaba el cargo de Asesor Comercial.
- La accionante prestó sus servicios a las entidades que hacen parte de E.P.S. SALUDCOOP ORGANISMO COOPERATIVO.
- EFECTIVA C.T.A. hace parte del grupo empresarial de E.P.S. SALUDCOOP.
- La actora cumplía un horario de trabajo de 7:30 A.M. a 5:30 P.M., desarrollaba su labor de forma personal, atendiendo las instrucciones y ordenes de su empleador.
- La accionante devengó como último salario \$1'766.700.
- La demandante laboró hasta el 15 de marzo de 2012, finalizando el contrato de trabajo por causas imputables a EFECTIVA C.T.A. y E.P.S. SALUDCOOP ORGANISMO COOPERATIVO.
- A la actora no se le pagó la indemnización por terminación del contrato de trabajo y comisiones.
- La demandante solicitó el 21 de septiembre de 2012 y el 13 de marzo de 2015 sus derechos laborales ante EFECTIVA C.T.A. y E.P.S. SALUDCOOP ORGANISMO COOPERATIVO, respectivamente.

Al punto, es menester recordar que en sentencia del 23 de agosto de 2006, Rad. 27060, reiterada en las sentencias del 30

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2015-00767 -01
Demandante: **GLORIA NAYLEN ARDILA OSMA.**
Demandado: **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO Y EFECTIVA C.T.A.**

de enero de 2013, Rad. 41419 y en la SL14850-2014, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia señaló:

“En efecto, la sanción prevista por el numeral segundo del inciso 7° del artículo 39 de la Ley 712 de 2001, consistente en presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda cuando el demandado no comparece a la audiencia de conciliación, se halla concebida en términos similares a las consagradas en los artículos 56 del Código Procesal del Trabajo y 210 del Código de Procedimiento Civil, de tal modo que le resultan aplicables los mismos requerimientos que a estas para que pueda conducir a una confesión presunta. En relación con esas consecuencias ha precisado esta Sala de la Corte que es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos, como la efectuada en este caso, en que el juez de la causa se limitó a consignar en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2004 (folio 67) que “... Se presumirán como ciertos todos aquellos hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito propuestas en la misma, pues de no admitir esa prueba, se tendrán entonces como un indicio grave en su contra”, pero sin precisar, como era su deber, cuáles de esos hechos se tendrían como ciertos, ni, por la misma razón, cuáles constituirían indicio grave, prueba que, como es sabido, no es hábil en la casación del trabajo’

Puestas en este escenario las cosas, si en la providencia que puso fin a la primera instancia el juzgador nada dijo sobre la confesión ficta o presunta, teniendo presente todas circunstancias anotadas, no podía la sala sentenciadora, declarar en el fallo de segunda instancia confeso al demandado”.

Pues bien. Lo primero por señalar es que se encuentra acreditado con la confesión ficta referida, de la cual no hay prueba en contrario, que la accionante prestó sus servicios a favor de las entidades que componen **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO**, por lo que, en tal sentido, **EFECTIVA C.T.A.**, obró únicamente como intermediario, circunstancia que se encuentra prohibida por la normatividad que rige el cooperativismo (arts. 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006) y que, en consecuencia, permite entrever que la relación laboral, en la realidad, fue con **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO**.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2015-00767 -01
Demandante: **GLORIA NAYLEN ARDILA OSMA.**
Demandado: **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO Y EFECTIVA C.T.A.**

Al punto, se aclara que no existe ningún documento con el que se pueda derruir que la prestación del servicio desplegado por la demandante no hubiese sido a favor de **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO**, lo que no puede establecerse de la mera suscripción del acta de la asamblea de asociados de 2007, pues más allá de las formas que allí pudieron quedar establecidas, la cooperativa de trabajo asociado quedó inmersa en una prohibición legal al remitir a su presunta asociada a prestar servicios a una persona jurídica diferente, como lo es **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO**.

De esta manera, y como quiera que se encuentra acreditado fehacientemente el elemento de la prestación del servicio a favor de **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO**, le correspondía a ésta demostrar que no ejerció poder subordinante sobre la actora; no obstante, de la confesión ficta - que se insiste no logró derruirse por prueba en contrario, - se logra desprender que la actora cumplió un horario de trabajo de 7:30 A.M. a 5:30 P.M., y que atendía las instrucciones y ordenes de este empleador.

Aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte de la demandante no se logra desprender confesión, pues ésta manifestó que no tenía conocimiento si quien efectuaba el seguimiento de su gestión era un asociado de la cooperativa; que no sabía si su jefe era asociado de la cooperativa; que las afiliaciones que realizaba eran únicamente para **SALUDCOOP E.P.S.**; y que el convenio de asociación que firmó con **EFECTIVA C.T.A.**, fue para ingresar a laborar como asesora para **SALUDCOOP E.P.S.**

En tales condiciones, se considera acertada la condena impuesta por el A Quo, de tener como verdadero empleador a **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO** y como intermediario a **EFECTIVA C.T.A.**

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debida de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Sentado lo anterior, encontramos que a folio 11 se allegó la carta de terminación del convenio de asociación por parte de **EFECTIVA C.T.A.**, en la que se adujo como razón de la terminación , el existir una imposibilidad económica para la cooperativa de mantener el puesto de trabajo; causal que, tal como lo adujo el juez de primer grado, no se encuentra contemplada en los

artículos 62 y 63 del C.S.T. como justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 02 de julio de 2009, Rad. 36298, señaló:

“De igual manera, también han sido reiteradas las enseñanzas de la Corte según las cuales las dificultades económicas de la empresa no constituyen justa causa de despido, ya que “El principio jurídico de la continuidad o permanencia del contrato de trabajo, del cual se deducen las normas que protegen la estabilidad en el empleo, resulta contrario a la posibilidad de que la empresa despida eficazmente a los trabajadores protegidos por la estabilidad propia, aduciendo razones de comodidad, interés propio o dificultades económicas”, tal cual se pronunció a través de su extinguida Sección Primera en la sentencia de casación del 17 de mayo de 1984”.

En consecuencia, no es mucho lo que hay que agregar al fallo de primer grado, por cuanto la prueba arrimada al proceso da cuenta que el vínculo feneció de manera unilateral por parte del empleador por razones que no están contempladas en la legislación laboral como justa causa de terminación del vínculo luego entonces se confirmará la sentencia de primera instancia en el punto apelado.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo y se encuentra consagrada en el artículo 65 del C.S.T., el cual establece:

“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes,

debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

De conformidad con el aparte transcrito, encuentra la Sala que únicamente la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. se reconoce cuando el empleador no paga a su trabajador salarios y prestaciones sociales; sin embargo, en el *sub examine* la única condena que se impone es por concepto de indemnización por despido sin justa causa, recuérdese que la reliquidación de prestaciones sociales no salió adelante, sin que ello hubiera sido objeto de recurso de apelación.

Por tanto, se considera acertada la absolución proferida por tal concepto por parte del juzgado de primera instancia.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2015-00767 -01
Demandante: **GLORIA NAYLEN ARDILA OSMA.**
Demandado: **SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO Y
EFECTIVA C.T.A.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los
términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del
Trabajo y de la Seguridad Social.

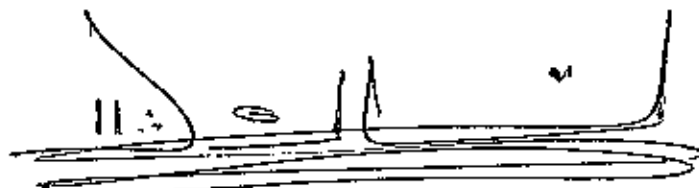
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de la parte actora y de **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ANA SILVA GUEVARA MOLANO** promoviese contra **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. y 3M COLOMBIA S.A.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, del 25 de noviembre de 2011 al 02 de agosto de 2016; que **3M COLOMBIA S.A.**, es solidariamente responsable de las condenas que se impongan; y que fue despedida sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización por despido sin justa causa, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, vacaciones, indemnización moratoria, dotaciones, y aportes a seguridad social integral.

1.2. HECHOS

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta:

- 1)** Ingresó a prestar sus servicios personales a **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, el 25 de noviembre de 2011, mediante contrato de prestación de servicios, para ocupar el cargo de estilista;
- 2)** Le fijaban la tarifa de precios por la labor prestada;
- 3)** Sufrió maltrato de su jefe directo, Alexandra Perdomo, no obstante, la empresa informó que el 08 de julio de 2016 que no se le daría trasfondo a sus manifestaciones;
- 4)** El 19 de julio de 2016 le fue notificado un preaviso, en el que le informaban la terminación de su contrato;
- 5)** Devengó como último salario \$1'500.000;
- 6)** Cumplía un horario de trabajo de 6:30 A.M. a 12:00 P.M.;
- 7)** Los servicios que prestaba eran en beneficio de los empleados de la sociedad **3M COLOMBIA S.A.**;
- 8)** Entre las demandadas existe un contrato mediante el cual **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, se obliga a suministrar personal a **3M COLOMBIA S.A.**; y
- 9)** No se le han pagado las acreencias laborales que reclama.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

3M COLOMBIA S.A. (fls. 108 a 121), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación en cabeza de dicha sociedad; el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, buena fe, inexistencia de obligaciones y cobro de lo no debido, temeridad, prescripción, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Expuso que suscribió un contrato de prestación de servicios con **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, quien tenía como finalidad facilitar la vida de sus empleados, para que con cargo a su propio dinero pudieran acceder a servicios como lavandería, lavado de autos, mensajería para asuntos personales, peluquería, asesoría jurídica, entre otros; que para acceder a los servicios de peluquería se seleccionó a la empresa **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**; y que de lo anterior, se logra extraer que no existe identidad de objetos sociales dicha empresa.

Indicó que no celebró ningún tipo de contrato de trabajo con la demandante, por demás que no prestó un servicio personal a su favor; que la accionante prestó sus servicios a **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**; y que el servicio de peluquería se prestó de forma autónoma por parte del contratista, a través de sus propios trabajadores.

ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. (fls. 285 a 289), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción,

inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, mala fe la demandante, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Adujo que tiene como objeto principal el suministro de servicios de asesoramiento en las actividades de la vida diaria dirigidas a empresas, y no la prestación de servicios de peluquería; que la actora se presentó como estilista y contratista independiente, por lo que se celebró con ella, un contrato de proveedor de servicios bajo las normas civiles y comerciales; que la actora actuó siempre de manera autónoma e independiente; que la accionante cobraba a cada cliente que atendía el valor que autónomamente consideraba por la prestación de su servicio; y que nunca se le dio una orden o instrucción a la demandante, así como tampoco se le fijó un horario de trabajo.

2.2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

La sociedad **3M COLOMBIA S.A.**, llamó en garantía a **LIBERTY SEGUROS S.A.** y a **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** (fls. 308 a 311 y 338 a 341), por cuanto suscribió una póliza de seguro de cumplimiento para particulares con dichas aseguradoras para el cubrimiento de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás acreencias laborales a las que eventualmente tuviera derecho los trabajadores de **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**

LIBERTY SEGUROS S.A. (fls. 422 a 443), se opuso a las pretensiones de la demanda, así como al llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito frente a la demanda las de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de **3M COLOMBIA S.A.**; inexistencia de relación laboral entre la demandante y **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**- inexistencia de la obligación; ausencia de solidaridad entre **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. y 3M COLOMBIA S.A.**- inexistencia de los elementos para que opere la solidaridad

establecida en el artículo 34 del C.S.T.- ausencia de obligación en cabeza de **3M COLOMBIA S.A.**; inexistencia de obligación- la conducta de la compañía **3M COLOMBIA S.A.**, en el presente caso, ha sido de buena fe; compensación; prescripción extintiva del eventual derecho prestación reclamada; y la genérica.

Frente al llamamiento en garantía, propuso como excepciones de mérito las que denominó, ausencia de siniestro para la póliza de cumplimiento No. BO-2176682- inexistencia de obligación a cargo del asegurado y, por ende, de **LIBERTY SEGUROS S.A.**; ausencia de cobertura- las supuestas acreencias laborales causadas entre el 25 de noviembre de 2011 y el 28 de febrero de 2013 objeto de reclamación en la demanda son anteriores a la ejecución del contrato amparado y/o a la vigencia de la póliza BO-2176682- los hechos ocurridos o iniciados antes de la vigencia del seguro no se encuentran cubiertos por la póliza expedida por **LIBERTY SEGUROS S.A.**- límite temporal de la cobertura de la póliza de cumplimiento No. BO-2176682; ausencia de cobertura- las supuestas acreencias laborales causadas entre el 24 de julio de 2013 y el 2 de agosto de 2016 objeto de reclamación en la demanda son posteriores a la ejecución del contrato amparado bajo la póliza BO-2176682- el seguro no ampara eventuales incumplimiento de pago de salarios y prestaciones sociales ocurridos con posterioridad a la terminación del contrato garantizado- límite temporal de la cobertura de la póliza de cumplimiento No. BO-2176682; inexistencia de obligación a cargo de **LIBERTY SEGUROS S.A.**- ausencia de reclamación por parte de **3M COLOMBIA S.A.** en los términos del artículo 1077 del C.Co.- falta de demostración de un eventual siniestro y de la cuantía de la pérdida; ausencia de cobertura respecto de pretensiones de la demandante que no corresponden al riesgo cubierto o respecto de los cuales no cuenta con legitimación; sujeción los términos, condiciones, límites y exclusiones de la póliza de cumplimiento BO-2176682; buena fe; y la genérica.

No aceptó ningún hecho de la demanda. Aceptó frente al llamamiento en garantía, que suscribió la póliza BO-2176682, cuyo asegurado y beneficiario es 3M COLOMBIA S.A.

Expresó que la actora se vinculó **con ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** mediante contrato de prestación de servicios; que la actora desarrolló su labor de forma independiente, facturó sus servicios como independiente, se afilió al sistema obligatorio de salud y pensión, por demás que no figuran demostrados actos de subordinación; y que el objeto social de los negocios de **3M COLOMBIA** se relacionan con el diseño, producción, distribución y desarrollo de productos adhesivos y abrasivos, por lo que sus labores son ajenas y extrañas a las de **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**

Manifestó que la póliza BO-2176682 tiene por objeto garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado originadas en virtud de la ejecución del contrato, por lo que no está llamada a responder por acreencias laborales causadas con anterioridad al 01 de marzo de 2013 y con posterioridad al 23 de julio de 2013, dado que el contrato aludido rigió durante el 01 de marzo y el 23 de julio de 2013; que dentro de la póliza no se incluyen conceptos como vacaciones y aportes a seguridad social por no tratarse de prestaciones sociales; y que el valor asegurado es de \$5'400.000.

Por su parte, **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** (fls. 444 a 455), se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía. Propuso como excepción de mérito frente a la demanda las de prescripción de la acción, inexistencia de la solidaridad entre **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** y **3M COLOMBIA S.A.** Propuso como excepción de mérito frente al llamamiento en garantía las que denominó, sujeción de la cobertura a los términos y condiciones de seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 1559176-1, cuyo tomador es **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**

No aceptó ningún hecho de la demanda. Aceptó frente al llamamiento en garantía, que ALBENTURE COLOMBIA S.A. constituyó póliza de seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 1559176-1, cuyo beneficiario es 3M COLOMBIA S.A.

Señaló que la vigencia de la póliza de cumplimiento fue del 25 de febrero de 2016 al 25 de noviembre de 2020; y que el valor de la cobertura es de \$5'400.000.

Explicó que ha transcurrido la extinción de varios derechos, puesto que la relación que se alega inició en el año 2011 y se demandó en 2017; y que 3M COLOMBIA S.A. no tiene ningún tipo de relación laboral con la accionante, y sólo existe un contrato por prestación de servicios que celebró con 3M COLOMBIA S.A. con ALBENTURE COLOMBIA S.A.S., para que se prestaran los servicios de lavandería, lavado de autos, peluquería, entre otros, los que no hacen parte del giro ordinario de los negocios de 3M COLOMBIA S.A.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. en calidad de empleador y la actora, fungiendo como trabajadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido que rigió desde del 25 de noviembre de 2011 hasta el 02 de agosto de 2016, el cual terminó por despido sin justa causa.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción con respecto a la prima de servicios e indemnización por la no consignación de cesantías a un fondo, causadas con anterioridad al 14 de diciembre de 2013, y declarar no probadas las demás excepciones propuestas.

TERCERO: CONDENAR a ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. a reconocer y pagar a la demandante las siguientes cantidades de dinero y conceptos:

- a). \$2'385.000,13, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
- b). \$2'878.465, por concepto de cesantías.
- c). \$341.769, por concepto de intereses a las cesantías.
- d). \$1'964.943, por concepto de prima de servicios.
- e). \$1'616.389, por concepto de compensación en dinero de las vacaciones.
- f). \$22.981 diarios, a partir del 03 de agosto de 2016 hasta cuando el pago se verifique de las prestaciones condenadas en esta sentencia por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- g). \$19'186.281, por concepto de indemnización por falta de consignación de los auxilios de cesantías conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- h). Se condena a ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. a que por ante el fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la demandante y conforme a la liquidación que se suministrada por esa entidad conforme a la parte resolutive de esta sentencia, proceda a pagar los aportes a pensión durante el tiempo que duró la relación de trabajo desde el 25 de noviembre de 2011 hasta el 02 de agosto de 2016, únicamente en lo que tenga que ver con los periodos donde la demandante no cotizó como independiente o en los periodos en que lo haya hecho eventualmente por un valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: CONDENAR en costas a ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. y en favor de la actora, líquidense por Secretaria incluyendo el monto de \$5'000.000 como valor en agencias en derecho.

QUINTO: ABSOLVER a la 3M COLOMBIA S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandante y en favor de 3M COLOMBIA S.A., practíquese la liquidación por Secretaria incluyendo el monto de medio salario mínimo legal mensual vigente como valor de las agencias en derecho.

SÉPTIMO: ABSOLVER a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. y sin condena en costas en favor ni a cargo de las mismas.

OCTAVO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones que no fueron expresamente acogidas en esta parte resolutive de la sentencia.

En síntesis, refirió que de conformidad con los testimonios de Claudia Marcela Guevara Molano, Aida Castrillón Gil, Alexandra Perdomo, Luisa Fernanda Vargas, y Yolanda Prieto, así como la conducta del representante legal al momento de rendir interrogatorio de parte y las documentales obrantes en el expediente, es posible determinar que la actora prestaba sus servicios de peluquería, que este servicio fue contratado por ALBENTURE COLOMBIA S.A.S., y que se ofreció en solidaridad éste servicio a 3M COLOMBIA S.A.; que no se encuentra desvirtuado el elemento de la subordinación, y por el contrario de las documentales se logra extraer que las tarifas que se

establecían por el cobro de servicio de peluquería eran concertadas por ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. y 3M COLOMBIA S.A. sin que en tales documentos fueran suscritos por la accionante, que debía presentar informes, que se hacía una evaluación de su desempeño, y que le efectuaron llamados de atención, lo que no versó únicamente sobre seguridad en el trabajo, sino también en lo que tiene que ver con tarifas y horario de labor; que aunado lo anterior, en interrogatorio de parte el representante legal se abstuvo de contestar preguntas relacionadas con la subordinación, por lo que es dable tener ese actuar como una confesión ficta; y que no podía predicarse interrupciones por las vacaciones colectivas que disfrutaban los empleados de 3M COLOMBIA S.A.

Frente al *salario* indicó que lo fue el mínimo de ley, como quiera que no se logró demostrar una suma superior ni se allegó material probatorio que diera cuenta del valor reconocido por tal concepto; frente a la terminación del contrato de trabajo concluyó que la terminación fue consecuencia de un acto de la demandada, pues obra en el proceso la misiva con la que se finiquitó la relación laboral de forma unilateral, por lo que hay lugar al reconocimiento de la indemnización por despido injusto; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 13 de diciembre de 2013, dado que se demandó el 14 de diciembre de 2016, con excepción de las cesantías que son exigibles desde la terminación del contrato de trabajo; y que no hay lugar a dotaciones, como quiera que no se probó el perjuicio por su falta de entrega.

Condenó al pago de la *indemnización moratoria*, ya que no se encuentra demostrada la buena fe por parte del empleador, pues lo que apareció acreditado fue la existencia de una relación laboral conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas; que como el salario es el mínimo legal vigente la indemnización moratoria se extiende desde la fecha de la

terminación del vínculo laboral hasta que se haga efectivo el pago de las prestaciones sociales; que se deben reconocer los *aportes a pensión de los periodos que la accionante no pagó como independiente*, ya que, se estaría efectuando un doble pago al sistema de seguridad social; y que se debe reconocer *sanción por no consignación de las cesantías*, al no aparecer acreditado su pago, teniéndose en cuenta que sobre el periodo de 2011 operó la excepción de prescripción.

Concluyó expresando que **3M COLOMBIA S.A.**, no resulta condenado en solidaridad, ya que, si bien fue beneficiario de las actividades que desarrollaba la accionante, sus labores eran extrañas a su objeto social; y, frente al llamamiento en garantía a las aseguradoras, como **3M COLOMBIA S.A.**, no resultó condenada, tampoco era posible imponer condena sobre las llamadas en garantía.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que **3M COLOMBIA S.A.**, debe ser tenida como condenada en solidaridad, y de contera, deben responder por tales condenas las entidades que fueron llamadas en garantía por esta demandada, dado que la actividad que desarrolló la demandante se prestó a favor de varios de los empleados de dicha empresa, como un beneficio de salud y vida otorgado a los trabajadores; y que **3M COLOMBIA S.A.**, contrató a una entidad como **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, que no tiene la calidad para desarrollar ni ejecutar labores relacionadas con la salud y la vida.

ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.

Señaló que con la sentencia se acabaron los contratos de prestación de servicios civiles porque la prestación del servicio

puede ser personal como se presentó en el caso, se toma el contrato de prestación de servicios para establecer que las actividades de la actora tienen relación directa con las de la demandada y establecer la existencia de un contrato de trabajo, pero asimismo se contradice la sentencia cuando se determina que **3M COLOMBIA S.A.**, no tiene una relación directa, pero se establece la relación frente a **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, pese a que es una empresa dedicada a prestar servicios para el beneficio de sus contratantes; que la seguridad en el trabajo no es un elemento de subordinación, así como tampoco lo es la bioseguridad, pues a las empresas se le exige garantizar la seguridad de sus trabajadores y la protección de éstos en el desarrollo de su labor; que la jornada de la accionante se estableció de lo que se pactó en el contrato civil, y fue la misma demandante quien lo aprobó, pues ella misma era la que determinaba desde y hasta cuándo los prestaba; y que las exigencias efectuadas por Alexandra Perdomo, de no escuchar radio, de mantener el aseo, eso hace parte del riesgo de cualquier actividad, lo que no significa subordinación.

Expuso que el juez cambió la doctrina nacional e internacional acerca de la buena fe, pues se menciona que la buena fe ahora hay que probarla; que **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** siguió un contrato civil, por lo que, no se podría imponer condena por concepto de indemnización moratoria; y que existe duda de la existencia de un contrato de trabajo, lo que demuestra inclusive un actuar de buena fe, de quien no pagó lo que debía pagar.

Finalmente, expresó que las costas están excedidas, pues estas tienen una regulación legal, pues a nosotros nos impone una sanción de \$5'000.000, y a la demandante de \$200.000; y que se deben compensar los dineros que fueron recibidos por la demandante y que se utilicen frente a las condenas que no debieron existir, pues de lo contrario se estaría frente a un enriquecimiento sin causa.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar i) si en virtud del principio de la primacía de la realidad se configuró un contrato de trabajo entre la actora y ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.; ii) si es posible predicar solidaridad de 3M COLOMBIA S.A, y como consecuencia efectuar condena contra los llamados en garantía; iii) si es dable el reconocimiento de la indemnización moratoria; iv) si hay lugar a compensar las sumas reconocidas por ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.; y v) si resulta acertada la imposición en agencias en derecho.

**DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y
EL CONTRATO DE TRABAJO.**

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción,

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

"[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia".

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En un caso de similares características, y en tratándose de labores de peluquería, para determinar si existió un contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3318-2018, dispuso:

“El colegiado no desconoció que, a favor de la demandante, se activó la presunción legal consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, al estar suficientemente acreditado que le prestó personalmente un servicio a la demandada. Por lo tanto, reconoció que era esta la que debía desvirtuar esa presunción, confirmando que la actora prestaba sus servicios con autonomía e independencia.

Para la Sala, es evidente la apreciación errónea de la confesión judicial del representante legal de la demandada, pues, al examinarla, lo que se advierte es que, lejos de demostrar la referida presunción, aquella declaración rendida por la propia accionada corrobora el supuesto fáctico presumido.

Tal deducción se extrae, no solo del hecho de que la demandante (i) cumpliera un horario, tal como expresamente lo manifestara el confesante, sino también, porque (ii) no era ella quien determinaba el valor de los servicios que prestaba sino el Club El Nogal; (iii) tampoco programaba las citas con los clientes, pues esto lo hacía la contratante a través de sus supervisoras; (iv) debía vestir el uniforme que la accionada le proporcionaba, quien, además, (v) ejercía un poder disciplinario al adelantar indagaciones, e imponerle llamados de atención cuando se presentaban quejas de los usuarios.

Todo lo anterior no dice cosa distinta a que la accionante no era autónoma en la actividad que ejecutaba, pues ni siquiera podía fijarle el precio a los servicios que prestaba, como tampoco estaba en condiciones de programar a su voluntad la agenda de los clientes, ni atenderlos en el lugar que deseara, además de que no podía usar un atuendo distinto al que se le suministraba”.

(...) Como quiera que ha quedado acreditado el error a partir de la prueba calificada, surge procedente revisar la testimonial, ejercicio que permite avizorar en mayor medida el dislate del *ad quem* al concluir la inexistencia del contrato de trabajo entre las partes.

En efecto, no solo de los testimonios de María Teresa Bohórquez, Indira Fajardo Montaña, María Fernanda Palomino, y Alba Ruth Riaño, sino también de los de Gloria del Pilar Gonzalez y Marleny Díaz, estas últimas citadas al juicio por la pasiva, se corrobora lo confesado por el representante legal de esta, en el sentido de que la demandante no tenía autonomía e independiencia en la prestación de los servicios al Club El Nogal. Adicionalmente, dejan claro que el servicio que la trabajadora prestó por aproximadamente 10 años era ofrecido continuamente en el club a sus socios, quienes podían acceder al mismo en cualquier momento, razón por la cual la sala de belleza debía contar con el personal suficiente para responder a esa necesidad.

A la luz de este panorama, los contratos de concesión, la carta de presentación de la actora por medio de la cual ofreció sus servicios, el escrito de terminación por parte de esta, adiado el 15 de octubre 2014, los certificados de aportes al sistema de seguridad social, los pagos efectuados por el Club en la cuenta de la demandante y la facturación presentada por ella, no tienen

la fuerza probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de subordinación que en favor de la actora se activó con arreglo al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los cargos prosperan, y abren paso al quiebre de la sentencia impugnada”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) De la carta de terminación del contrato de folios 39, se deduce la existencia de un contrato de prestación de servicios de peluquería entre la sociedad ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. y la demandante.
- ii) El 27 de diciembre de 2011, la accionante suscribió compromiso de conocer, divulgar y aplicar el Manual de Bioseguridad para la prestación de servicios de estética y belleza en las instalaciones de la peluquería en 3M COLOMBIA S.A. (fl.14).
- iii) En reunión de la actora con ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. del 21 de febrero de 2012, se dispuso que todas las dificultades y/o situaciones que se generen durante la prestación de servicios, se canalizarán a través de ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.; que por lineamientos de 3M COLOMBIA S.A. se encuentra prohibido escuchar música; se dan lineamientos acerca de la ubicación de los objetos personales, así como de orden y aseo en el puesto de trabajo, y que se realizarían auditorías a través de las que se verificaría la implementación de los procesos definidos en el manual de bioseguridad, así como los acuerdos de la reunión (fl.15).
- iv) El 25 de febrero de 2012, ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. realizó una lista de chequeo de la peluquería en la que se corroboró si la actora cumplía, no cumplía, o si cumplía parcialmente, con lineamientos tales como, realizar limpieza profunda al iniciar la

jornada la laboral; contar con un lugar para almacenar objetos; organizar utensilios de manicure, corte y cepillado, y depilación; organizar y limpiar el inmobiliario que se encuentra en área de trabajo organizado y limpio; no consumir alimentos o bebidas; no mezclar utensilios, elementos o lencería sucia con limpia; usar jabón líquido para el lavado de manos; realizar lavado de manos antes y después de atender cada cliente; usar bata de forma diaria, uniforme antifuído, guantes de látex, silicona, caucho, o nitrilo; reemplazar los guantes después de su uso; usar elementos de barrera como blusa, guantes, tapabocas; tener organizada su planilla de aportes a seguridad social, hojas de vida, y capacitaciones en bioseguridad; y conocer el manual de bioseguridad (fls. 16 a 18).

- v) En reunión de la actora con ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. del 22 de marzo de 2012, se verificó el cumplimiento de los lineamientos de manuales de seguridad, se hizo seguimiento de las fichas técnicas de los productos, se establece que frente a la programación y reserva de servicios que la cita se aparta directamente con la empresa y que se realizarán unos ajustes técnicos sobre el tema, y que la accionante participó en el establecimiento de tarifas del servicio con 3M COLOMBIA S.A. (fls.19 a 21).
- vi) El 01 de junio de 2012, ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. dio entrega de materiales para la prestación del servicio de peluquería a la accionante (fl.23).
- vii) El 01 de junio de 2012, ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. remitió Circular Informativa a través de la que dispuso que la monitorización de la satisfacción de servicios se realizaría a través de la aplicación de encuestas; de manera que, el 11 de julio de 2012 se

le solicitó a la actora que colocara en un lugar visible las encuestas (fls. 24 y 25).

- viii)** El 23 de julio de 2012, 3M COLOMBIA S.A. y ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. suscribieron contrato de prestación de servicios para que se prestaran algunos servicios, entre ellos, el de peluquería. Dicho contrato ya se venía desarrollando y tenía una vigencia de un año contado a partir del 25 de noviembre de 2011 y respecto del cual se hace alusión al en el anexo 1 y se encuentra adjunto al Manual de Bioseguridad (fls.124 a 168).
- ix)** En el acápite de servicio de estilista se establece que el servicio será prestado de 6:30 A.M. a 12:00 M.; que la solicitud del servicio se debe realizar a través de ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. al menos con 24 horas de preaviso; que deben existir dos solicitudes de servicio para asegurar la prestación del mismo; que el pago se realizará directamente a quien presta el servicio; y que se podrá optar por solicitar el servicio el mismo día, siempre y cuando existan plazas disponibles, lo que podrá solicitarse directamente a ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. o dirigiéndose a la peluquería (fl.151).
- x)** En el Manual de Bioseguridad se disponen directrices para la prestación del servicio de peluquería a 3M COLOMBIA S.A., referentes a lavado de manos; elementos de protección; tapabocas; gafas o protectores faciales; limpieza y desinfección de áreas y superficies; indicaciones de realizar el corte de cabello, manicure, pedicure, cepillado, peinado o blower, y maquillaje; almacenamiento de productos, insumos, y equipos; utilización de productos y equipos por tipo de servicio; limpieza, desinfección, y esterilización de instrumentos; y manejo u disposición de residuos (fls. 62 a 78).

- xi)** El 06 de marzo de 2015, fueron remitidos a la demandante dos afiches publicitarios de nuevas tarifas, para el convenio de peluquería con la empresa 3M COLOMBIA (fl.27).
- xii)** Mediante otro sí del contrato de ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. se dispuso que la actora se comprometía a conocer y respetar los canales definidos por ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. para la prestación de servicios, de manera que todas las inquietudes respecto de la prestación de los servicios debían ser canalizadas a través de ellos, que se debían notificar sus promociones para que sean publicadas en los medios dispuestos por 3M COLOMBIA, que no está aprobada la circulación de información física y/o de otro medio directamente con el proveedor de los servicios, que las tarifas no pueden ser modificadas sin previa autorización de ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. y 3M COLOMBIA S.A., y que la demandante debía promover que por lo menos el 20% de los usuarios del mes, evalúen el servicio y posteriormente sea entregada información a ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. (fls. 28 y 29).
- xiii)** En acta de reunión del 06 de abril de 2015, se definieron las tarifas para el año 2016. Tal documento no está suscrito por la actora (fls. 30 a 32).
- xiv)** El 15 de diciembre de 2015, le fue efectuado un llamado de atención a la accionante por cuanto dentro de los servicios contratados por 3M COLOMBIA S.A. no estaba incluido el de venta de productos, aplicación de tinte y otros no definidos; y que de quererse vender o realizar servicios adicionales, se debía enviar una propuesta a ALBENTURE COLOMBIA S.A.S., con ficha técnica de productos y tarifas, con el fin de que sean presentados a 3M COLOMBIA S.A. para su aprobación (fl. 33).

- xv)** La accionante registraba las atenciones a cada uno de los usuarios a quienes les prestaba sus servicios como peluquera (fls. 45 a 61). Igualmente, obra informe de la actividad de peluquería de 2012 de ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. a 3M COLOMBIA S.A. (fls. 188 a 199).
- xvi)** En auditoría del 22 de abril de 2016, se determinó que los utensilios de corte y manicure no se encuentran ubicados como indica el manual de bioseguridad, que no se está cumpliendo con el lineamiento de no mezclar utensilios sucios con limpios, no se está realizando lavado de manos o aplicación de gel antibacterial, no se están utilizando los elementos de carrera, no se cuenta en el sitio de trabajo con una carpeta que dé cuenta de la planilla de aportes a seguridad social, hojas de vida, y capacitaciones en bioseguridad; y el personal no conoce a cabalidad el manual de bioseguridad (fl.34).
- xvii)** El 12 de mayo de 2016 se entregaron implementos de protección (fl.35).
- xviii)** El 15 de junio de 2016 se remitió el Manual de Bioseguridad actualizado (fl.36).
- xix)** El 24 de junio de 2016, la actora notificó el acoso y maltrato que recibió por parte de Alexandra Perdomo, quién según su dicho, le hizo comentarios alusivos a “que usted es pobre”, “3M no la aguanta un día más”, “ya no sé qué hacer con usted” (fl.37); respecto a lo que ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. contestó que no daría trasfondo a situaciones fundadas en apreciaciones subjetivas (fl.38).
- xx)** El 19 de julio de 2016, ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. informó que se daría por terminado el contrato de prestación de servicios de la accionante, con ocasión a la rotación de proveedores que habían definido (fl.39).

xxi) El 02 de agosto de 2016 se dio por terminado el contrato de prestación de servicios; y se señaló que efectuaría un reconocimiento económico por el tiempo cesante (fl.41).

De igual manera, comparecieron a rendir testimonio **Claudia Marcela Guevara Molano, Aida Castrillo Gil, Alexandra Perdomo, Luisa Fernanda Vargas Aragón, y Yolanda Prieto Téllez.**

La señora **Claudia Marcela Guevara Molano**, señaló que la actora laboró para **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** en las instalaciones de **3M COLOMBIA S.A.**, desde el 25 de noviembre de 2011 hasta agosto del 2016; que la actora laboró como peluquera, con un horario, y bajo el mando de Alexandra Perdomo; que también trabajaba para **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** haciendo manicure, y que lo hizo también del 25 de noviembre del 2011 al 2 de agosto de 2016; que prestaban un servicio a nombre de **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** para las personas que trabajaban dentro de **3M COLOMBIA S.A.**; que atendían personas que estuvieran dentro de las instalaciones de **3M COLOMBIA S.A.**; que al principio **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** les iba agendando las personas que iban a atender; que debían enviar un informe diario a **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** de las personas que atendían; que con el carné que les suministraban se podía determinar el horario de entrada y salida; que no podían entrar a salir a cualquier hora, porque las usuarias llamaban a **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, y ésta llamaba a Silvia a preguntar por qué no estaba; que pese a no estar atendiendo a nadie no se podía retirar de las instalaciones de **3M COLOMBIA S.A.** porque debía cumplir horario; que para asistir a un compromiso familiar o personal debía avisar a **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, a través de Alexandra Perdomo, quien era la encargada de mirar si las cosas estaban marchando bien; que **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** decidió terminar el contrato porque sí; que la actora laboraba de lunes a viernes de

6:30 A.M. a 12:00 M.; que al principio les dieron unos elementos de protección, pero después los quitaron; que los precios de la peluquería los fijaba ALBENTURE COLOMBIA S.A.S., de manera que la actora por autonomía no podía cobrar otros precios, estaban fijos en la peluquería; que la actora no podía retirarse de la peluquería ni traer una persona en su reemplazo; y que la actora para atender a alguien antes o después del horario laboral, debía hablar con ALBENTURE COLOMBIA S.A.S, para que ésta hablara con 3M COLOMBIA S.A. para que nos dejaran trabajar.

Por su parte, **Aida Castrillón Gil** adujo que prestaba los servicios de lavandería para ALBENTURE COLOMBIA S.A. en las instalaciones de 3M COLOMBIA S.A.; que ese servicio lo prestó durante nueve meses desde septiembre de 2012; que la demandante fue contratada mediante contrato de prestación de servicios, que prestaba el servicio de peluquería, que entraba antes y salía después que ella, y que cumplía un horario de lunes a viernes; que ella iba dos veces a la semana, pero que la accionante lo hacía toda la semana; que iba al principio en un horario de martes y viernes de 7:00 A.M. a 10:00 A.M., y después, de 8:00 A.M. a 11:00 A.M.; que la actora prestaba su servicio de peluquería para el personal de 3M COLOMBIA S.A.; que Alexandra Perdomo era la jefe, era la persona que los dirigía; que el carné marcaba la hora de entrada y de salida; que a la lavandería y la peluquería las separaba un muro, y que para poder salir de la lavandería debía pasar por el lado de peluquería; que se debía llenar una planilla que se debía pasar a Alexandra Perdomo semanalmente de los servicios que se prestó y la persona; que no se podía salir del rango de precios que se había fijado; que en algunos momentos discutieron sobre los precios porque habían cosas que costaban más, pero que Alexandra Perdomo les dijo que por ser de la empresa se cobraba más bajito por un estudio de mercadeo que se había hecho en la zona, que era Modelia; que ese estudio de mercadeo lo hizo ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.; que no había manera de que alguien de afuera

entrara al servicio de peluquería; y que accedió a los servicios de peluquería.

Frente a dichos testigos arrimados por la activa, luego de ser valorados conforme a lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de S.S., esto es, bajo las reglas de la sana crítica y la libre formación del convencimiento, a juicio de la Sala los mismos ofrecen claridad y credibilidad en sus dichos, advirtiendo en todo caso que la declaración de Claudia Marcela Guevara Molano fue evaluada con mayor rigurosidad, como quiera que se trata de la hermana de la accionante, no obstante, su declaración resultó clara, fehaciente, fidedigna y ajena a contradicciones.

No ocurre lo mismo con los testimonios arrimados por la pasiva, por cuanto a juicio de la Sala no resultan los suficientemente idóneos, dado que sus declaraciones se ofrecen contradictorias y no se acompasan con la documental obrante en el expediente.

En efecto, **Alexandra Perdomo Ramírez**, dijo que seguramente el horario de 6:30 AM a 12:00 M. fue el que se pactó, pero que este horario era pactado con la accionante y que era el que se cumplía a cabalidad, no obstante, y como quedó visto del contrato celebrado por parte de **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** y **3M COLOMBIA S.A.** se pactó que el servicio sería prestado en el horario en mención, por lo que no se logra desprender que la accionante tuviera la posibilidad de disponer de su propio horario como parece señalarlo la declarante; que la actora tenía autonomía total del manejo de sus agendas para la prestación del servicio, cuando la testigo Yolanda Prieto Téllez es clara en afirmar que para lograr una cita se podía realizar a través de la llamada telefónica a **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.**, por demás que entre ésta empresa y **3M COLOMBIA S.A.** se pactó que la solicitud del servicio se debía realizar a través de **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** al menos con 24 horas de preaviso, y que sólo se podía solicitar el servicio el mismo día, si existían plazas

disponibles, lo que se podía requerir directamente a ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. o dirigiéndose a la peluquería, escenario en el que valga decir no se observa que existiera autonomía de la accionante para poder disponer de su clientela; y que ninguna consecuencia contractual tenía la actora si no cumplía sus compromisos y que nunca dio órdenes de cómo se debía realizar el trabajo, y que lo que se hacía era sensibilizar a la accionante para que diera cumplimiento a los mismos, cuando de la prueba documental, se logra extraer que inclusive ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. a través de la misma declarante le efectuó un llamado de atención por realizar labores no autorizadas.

Por su parte, **Luisa Fernanda Vargas Aragón** señaló que la actora manejaba sus tarifas, no obstante, Yolanda Prieto Téllez adujo que las tarifas se pactaban entre ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. y 3M COLOMBIA S.A. anualmente.

Finalmente, **Yolanda Prieto Téllez**, manifestó que la actora podía prestar los servicios descritos a trabajadores de 3M COLOMBIA S.A., contratistas, visitantes, y/o cualquier persona que deseara el servicio, puesto que, si bien era un beneficio para los trabajadores de 3M COLOMBIA S.A., también estaba abierto para alguien que también quisiera el servicio, no obstante, la testigo Alexandra Perdomo Ramírez explicó que el servicio sólo se prestaba a personal de 3M COLOMBIA S.A., contratistas, o personas que estos invitaran y que estuvieran dentro de las instalaciones de 3M COLOMBIA S.A., mientras que, la declarante Luisa Fernanda Vargas Aragón, dijo que los servicios sólo se prestaban a personal de 3M COLOMBIA. En todo caso, y de tenerse en cuenta tal testigo, del mismo se podrían establecer elementos de subordinación tales como que, la accionante no podía cobrar más o menos de lo que había sido pactado con ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.; que son dos modalidades para acceder al servicio, ya fuera llamar a ALBENTURE COLOMBIA S.A.S., o a la actora; y que en las reuniones no se tocaba el tema de tarifa, las tarifas se negocian solo una vez al año con

ALBENTURE COLOMBIA S.A.S., y que con la demandante nunca se hizo una reunión para establecer tarifas.

De esta manera, y del análisis integral de las probanzas referidas la Sala encuentra acertada la decisión del A Quo, pues se encuentra acreditado el elemento de la prestación personal del servicio, y contrario a desvirtuarse la subordinación, se encuentra que la accionante no gozaba de la autonomía e independencia que es característica del servicio efectuado por un contratista por prestación de servicios, puesto que estaba sometida a un horario de trabajo de 6:30 A.M. a 12:00 M., debía presentar informes de su labor, era supervisada constantemente en la prestación de sus servicios, sus clientes eran agendados, era objeto de llamados de atención por prestar servicios ajenos a los contratados por ALBENTURE COLOMBIA S.A.S, y las tarifas que cobraba por el servicio de peluquería no eran establecidas por la misma accionante, circunstancias con las que es dable establecer la existencia de una relación laboral, desvirtuándose lo dicho por la pasiva cuando afirma que las directrices estaban dadas en torno a temas de bioseguridad y/o salud y seguridad en el trabajo.

SOLIDARIDAD DE 3M COLOMBIA S.A.

Cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades se establece en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante. En efecto, el artículo 34 del C.S.T. establece sobre la materia:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de

terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de H. Corte Suprema de Justicia ha abordado en múltiples oportunidades el análisis de la regla contenida en el artículo 34 del C.S.T., señalando la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según la citada disposición no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor. Así lo indicó en sentencia SL3014-2019 reiterada en la SL3111-2021:

«[...] resulta pertinente traer a colación, lo sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL14692-2017, en donde reiteró lo dicho en la SL, 2 jun. 2009, rad. 33082:

“Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...] Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que, si bajo la

subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado". (Negrillas fuera del texto original)"

Sentando lo anterior, procede la Sala a verificar si las labores que realizaba la accionante eran extrañas al giro normal de lo negocios de 3M COLOMBIA S.A. Frente a lo que se encuentra que, como se ha expuesto reiteradamente, la actora prestaba servicios o labores de peluquería, no obstante, las actividades o el giro ordinario de la empresa 3M COLOMBIA S.A., se desarrollan en torno a la producción, diseño, construcción, montaje, importación, venta, y distribución de productos abrasivos, productos adhesivos, productos reflectivos y decorativos, prendas reflectivas de alta visibilidad, productos topográficos, productos utilizados para señalización vial y el marcajes de vehículos, productos farmacéuticos y médicos, productos eléctricos, productos audiovisuales, productos de microfilmación, papeles autoadhesivos, fotocopadoras, productos para el mantenimiento y la limpieza en general, productos para artes gráficas, entre otros similares, que nada tienen que ver con las labores de peluquería que realizó la demandante.

Luego, en el punto también resulta atinada la decisión del A Quo, al no irradiar condena por concepto de solidaridad a cargo de 3M COLOMBIA S.A., pues es claro que dentro de las actividades normales de su giro social no está la de servicios de peluquería, lo que no puede ser confundido con beneficios que quiera otorgar a sus trabajadores para mejorar sus condiciones laborales y de vida, puesto que nada impide que un empleador contrate servicios con un tercero para la prestación de determinados servicios ajenos a sus actividades normales, los que se entenderán que no derivan en una relación laboral, cuando no se presenta el elemento de la subordinación, sea dicho de paso, contrario a lo que sucedió en la relación entre la actora y ALBENTURE COLOMBIA S.A.S., en la que conforme con lo

expuesto a lo largo de esta providencia, su relación sí tuvo connotación laboral al comprobarse la prestación personal del servicio y al no lograrse desvirtuar el elemento de subordinación y, por el contrario, evidenciarse conductas subordinantes por parte de **ALBENTURE COLOMBIA S.A.S.** sin que esta lograra acreditar autonomía e independencia de la demandante en la ejecución de las funciones que le fueron encomendadas.

SANCIONES MORATORIAS.

La máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509** y la **SL1005-2021**).

Dicho lo anterior, el Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo y ordenó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, accediendo a reconocer la sanción moratoria, tras considerar desprovisto de buena fe el actuar del empleador, decisión que la Sala avala.

Lo anterior, por cuanto las pruebas militantes en las diligencias permiten considerar que el empleador pese a vincular a la accionante mediante un contrato de prestación de servicios, le impartía órdenes, le fijaba un horario de trabajo y el valor de

las tarifas que debía cobrar, además de hacerle llamados de atención, circunstancias de las que no es dable desprender buena fe por parte del empleador, pues conforme al desarrollo de la relación contractual se evidenció que la aludida contratación civil constituyó una fachada para disfrazar la verdadera existencia de un vínculo de índole laboral.

COMPENSACIÓN

El pago por compensación se presenta cuando dos personas son deudoras la una de otra y por este hecho se extinguen ambas deudas u obligaciones (Artículo 1.714 C.C.).

En el caso objeto de estudio, encontramos que en la misiva del 02 de agosto de 2016 se señala que *"en cumplimiento de la cláusula XI, Albenture realizará un reconocimiento económico por el tiempo cesante, correspondiente al preaviso de terminación el cual ya había sido notificado a usted y a la Sra. Marcela Guevara"*.

Igualmente, el 18 de agosto de 2016 se adujo que *"toda vez que no se logró llegar a un acuerdo respecto de los ítems tratados en la reunión llevada a cabo el 03 de agosto de 2016, nos permitimos informarle que Albenture Colombia, no se hace responsable del pago de dineros a favor de los contratistas por servicios que hayan sido prestados por éstos anticipadamente a los usuarios sin la respectiva cancelación"*.

De las anteriores manifestaciones no se logra extraer que se hubiera pagado una suma a la terminación del contrato celebrado entre las partes. Igualmente, y revisado el expediente de manera pormenorizada no encuentra la Sala documental que dé cuenta del pago que hubiera efectuado ALBENTURE COLOMBIA S.A.S. a al finiquito contractual, así como cualquier otro rubro que pudiese ser objeto de compensación, por lo que ante tal orfandad probatoria no queda otro camino que, abstenerse de declarar la excepción en estudio.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de la ALBENTURE COLOMBIA S.A.S., es tal sociedad la llamada a asumir tal carga.

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO, - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310501920180048901

Demandante: **NIDIA MABEL QUINTERO MORALES**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. HENRY DARIO MACHADO GUALDRON, identificado con C.C. No. 77.091.125 y T.P. No. 248.528 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferida.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

II. SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que NIDIA

MABEL QUINTERO MORALES promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” de la vinculación de la demandante a Porvenir S.A. y por ende, se declare su afiliación permanente y sin solución de continuidad a Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos y bono pensional si a ello hubiere lugar y a esta última a aceptar dichos dineros.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 20 de noviembre de 1961; 2) Cumplió los 57 años de edad el 20 de noviembre de 2018; 3) Efectuó aportes al ISS desde el 14 de enero de 1981 al 31 de julio de 1996, acreditando un total de 768.86 semanas; 4) Para el año 1996 estaba vinculada con el Banco Ganadero, actualmente BBVA y dichos accionistas hacen parte del grupo AVAL; 5) Las nuevas directivas de la entidad financiera les indico o recomendó a los trabajadores de la entidad, que se vinculara para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Porvenir S.A., en razón a que esa entidad era parte del grupo AVAL; 6) El asesor de Porvenir S.A. omitió explicarle las diferencias entre los regímenes de prima media y el de ahorro individual y las desventajas que produciría aceptar ese traslado; 7) El asesor se limitó a crearle una “falsa ilusión” de que podría llegar a pensionarse antes de la edad mínima requerida y con un monto superior al del ISS; 8) El traslado efectuado en el año 1996 no obedeció a una verdadera, libre, voluntaria y plena manifestación de voluntad, ya que la misma no aconteció por la falta al deber de información en que incurrió el asesor de Porvenir S.A., manteniéndolo en error y/o engaño, logrando convencerla para la firma del formulario; 9) Para el mes de marzo de 2009 y para el año 2013 se vinculó con el Banco AV Villas, solicitando a talento humano la vinculara con Colpensiones diligenciando los formularios para ello, lo que se vio frustrado porque dicha solicitud se hizo cuando tenía 48 años de edad; 10) El 10 de abril de 2018, Porvenir S.A. le expidió proyección de la mesada pensional que le correspondería en el RAIS, cuya cuantía sería de \$1.780.400; 11) La liquidación de la mesada pensional que le correspondería en el régimen de prima media sería de

\$3,956.502; 12) Jamás hubiera llegado a obtener una pensión superior a la asignada por el régimen de prima media; 13) Mediante derecho de petición de fecha 18-05-2018, solicitó a Colpensiones la nulidad de la afiliación y hasta la fecha de presentación de esta demanda no se ha dado respuesta a la misma; 14) Mediante petición radicada ante Porvenir S.A. el 18 de mayo de 2018 solicitó la nulidad de la afiliación, la cual fue respondida el 23 de mayo del mismo año, en la que se le indicó que su solicitud era improcedente.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 49-64) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Adujo que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por lo tanto no puede regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, ello debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, además, para la conservación del régimen de transición, en los casos de traslado de régimen, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es requisito fundamental acreditar 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994.

Mencionó que, de los hechos de la demanda se concluye que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial, por ello, no se está en presencia de lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Expuso que, en caso de declarar la existencia de una nulidad, debe tenerse en cuenta que la misma no se alegó dentro del término dispuesto en el artículo 1750 del CC y que la misma fue sancionada en los términos del artículo 1752 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

Finalmente, adujo que, le compete a la demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados de conformidad con lo expuesto en los artículos 1516 del Código Civil y 167 del CGP, lo que brilla por su ausencia en este caso.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** no allegó contestación a la presente acción y por ello se tuvo por no contestada la misma, tal y como se indica en el auto de fecha 28 de mayo de 2019 (fl. 71).

2. SENTENCIA APELADA

La A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

"Primero: Declarar la ineficacia del traslado de la señora Nidia Mabel Quintero Morales identificada con C.C. No. 51.683.034 de Bogotá D.C., del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A., identificada con Nit No. 800.144.331-3 realizado el día 28 de mayo de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

Segundo: Declarar válidamente vinculada a la demandante Nidia Mabel Quintero Morales identificada con C.C. No. 51.683.034 de Bogotá D.C., al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, desde el 14 de enero de 1981 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Condenar a la demandada AFP Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. identificada con Nit No. 800.144.331-3 a devolver a la administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Nidia Mabel Quintero Morales identificada con C.C. No. 51.683.034 de Bogotá D.C., como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...)”

La *a quo*, indicó que su decisión tenía como premisas normativas los artículos 60 y 61 del CPTSS, los artículos 164, 165 y 167 del CGP, el

artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y como premisas jurisprudenciales, las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como la SL 1452, SL 68852 y la SL 6838 del 2019, así como la SL 54814 y la SL 9418 del 2018.

Aclaró que, si bien la demandante solicita una nulidad con sustento en que los fondos incumplieron con el deber legal de brindarle una información que fuera relevante al momento de su afiliación, la consecuencia jurídica que se desprende es la ineficacia, y por ello se usan las facultades ultra y extra petita del artículo 50 del CPTSS y se dará ese tratamiento al presente caso de cambio de régimen por transgresión al deber de información.

Adujo que en el presente proceso a Porvenir S.A. se le tuvo por no contestada la demanda y conforme a los alegatos de conclusión argumentó que el deber de información se encontraba en manifestarle a la afiliada si se encontraba en algún régimen especial y si se le generaba algún perjuicio, además, que para el año 1996 no era posible mostrarle a la afiliada cuál era su futuro valor pensional, con lo que se deduce que no se cumplió con el deber legal de información acerca de las características de cada uno de los regímenes y las consecuencias del traslado de régimen.

Expuso que, frente a dichas manifestaciones, se ratificaba en la legislación y la jurisprudencia antes mencionada, pues al momento del traslado no se le explicaron las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, así como la posibilidad de retorno, lo que significa que, en primer lugar, recibió una falsa información y en segundo lugar no recibió la información sobre las desventajas del traslado de régimen ni de las modalidades y requisitos para obtener su pensión.

3. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó, que si lo que se pretende es declarar la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma es clara en indicar que, si bien la afiliación quedará sin efecto, bajo ninguna circunstancia se refiere, ni por aproximación, a lo dispuesto en el artículo 1740 del Código Civil, por un principio básico del derecho que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto concreto.

Arguyó que el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público que se presume auténtico y contiene las declaraciones que exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la decisión de traslado fue de manera libre y voluntaria.

Refirió que en el fallo de primera instancia se adujo que Porvenir S.A. no allegó prueba del cumplimiento del deber de asesoría con la demandante y tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto esa entidad cumplió con la carga impuesta en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la demandante se vinculó a esa AFP producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita, no solo con el formulario de afiliación, sino también de la conducta de la afiliada, quien permaneció en el régimen, pruebas que demuestran la intención de la demandante de continuar en el RAIS.

Expuso que tampoco es viable imponerle a esa AFP cargas distintas a las que se preveían en las leyes existentes al momento de la afiliación de la demandante, pues ello constituye una violación al debido proceso y la confianza legítima, además, es claro para la ley que la seguridad social en pensiones no asegura una cuantía sino la cobertura de una contingencia, la cual se encuentra cubierta, pues al demandante no se le ha negado la pensión.

COLPENSIONES

Argumentó que la demandante, al momento en que realiza la solicitud a Colpensiones de querer retornar al régimen de prima media con prestación definida se encontraba dentro de una prohibición legal según lo estipula el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que establece que no se puede a un afiliado retornar al RPM si le faltan 10 años o menos para cumplir los requisitos para obtener su derecho pensional.

Adicionalmente, solicitó se tenga en cuenta que la demandante no pertenecía al régimen de transición, ni tampoco tenía una expectativa legítima y, por el contrario, su derecho pensional era una expectativa, por lo que es menester tener en cuenta los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, los que exponen que permitir que un afiliado retorne en cualquier momento al RPM podría generar una descapitalización en el sistema y poner en riesgo la pensión de los afiliados que toda la vida han cotizado al sistema y que han sido solidarios con este, además que ratificar una sentencia como la de primer grado autoriza a Colpensiones a iniciar todas las acciones legales tendientes para resarcir todos los daños económicos que se puedan llegar a ocasionar por el reconocimiento pensional de la demandante.

Finalmente, solicitó no condenar en costas a esa entidad, toda vez que el recurso no se presenta de forma caprichosa, sino que busca cuidar los recursos de Colpensiones y los intereses de todos los afiliados que han sido solidarios con el sistema.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas

estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 0016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por

el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que

devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) En cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

V. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 14 de enero de 1981 (fl. 15 y 56); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 28/05/1996 a través de la A.F.P HORIZONTE (hoy Porvenir S.A.) (fl. 90); iii) que posteriormente efectuó traslado entre administradoras del RAIS a Porvenir S.A., el

31/03/2009 (fl. 91) y iv) que el día 18/05/2018 (fl. 31 y 35) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 90 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 28 de mayo de 1996 con la AFP Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“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

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del 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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que

dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“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”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido durante todo el tiempo que la accionante permaneció en dicho régimen.

En cuanto al argumento expuesto por **COLPENSIONES** en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y descapitalización del fondo común, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la ratificación debido a la conducta de la afiliada, otro de los argumentos presentados por **PORVENIR S.A.** en su apelación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo o por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS.

Frente a lo argüido por **Colpensiones**, respecto a que la demandante no tenía una expectativa legítima al momento de su traslado de régimen y que no era beneficiaria del régimen de transición, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

En cuanto a lo solicitado por Colpensiones respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con dicha entidad.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A,** a

Código Único de Identificación: 11001310501920180048901

Demandante: **NIDIA MABEL QUINTERO MORALES**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas, contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **LEONOR BEJARANO CHAUX** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la "*nulidad*" del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad con Santander Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se tenga como afiliada sin solución de continuidad a COLPENSIONES, que ésta, junto OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., realicen los trámites a que haya lugar para activar la afiliación de la accionante, y que se realice la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos a COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 75 a 87), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa, y la innominada o genérica.

Expuso que los afiliados al sistema general de pensiones pueden escoger el régimen de pensiones que prefieran, no obstante, únicamente pueden trasladarse de régimen cada cinco años, y no podrán hacerlo cuando falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, según lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; que el objeto perseguido con la anterior disposición es evitar la descapitalización del sistema pensional, y defender la equidad en el reconocimiento de pensiones; y que sólo las personas con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 pueden retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media.

Indicó que los contratos celebrados entre las partes son ley para éstos; que si la accionante no estaba conforme con los lineamientos del régimen de ahorro individual con solidaridad, debió permanecer en el régimen de prima media; no obstante, por el contrario, ha estado afiliada al primer régimen por más de 17 años; que en el formulario de afiliación consta que se seleccionó el régimen de ahorro individual de manera libre, espontánea, y sin presiones; que el funcionamiento del régimen de ahorro individual se encuentra en la ley, empero el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; y que la prescripción en material laboral es de tres años, y en materia civil y/o comercial es de máximo diez años.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS S.A. (fls. 121 a 131), de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, y la genérica.

Indicó que la nulidad pretendida por la demandante no puede ser otra que la relativa, pues no se cumplen los supuestos de hecho para argüir una nulidad absoluta; que no existe prueba de que la actora se encuentre en curso de una incapacidad; que la lesión enorme sólo aplica para aquellos casos en que se presenta una compraventa; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que no se presenta error de hecho, dado que el vicio que se alega no recae sobre la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, ya que sí la actora pretendió afiliarse al fondo privado, lo que se puede extraer del formulario de afiliación; que no obra prueba de dolo, así como tampoco que se hubiera desplegado una fuerza en la accionante que le hubiere generado temor o una impresión fuerte.

Manifestó que el deber de información debe verificarse en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional; que la demandante con este fondo privado no efectuó cambio de régimen, sino solamente un cambio de administradora; que la actora no ejerció su derecho de retracto; que una eventual proyección de mesada pensional, no permite predicar diferencias entre los regímenes pensionales, por cuanto esta no es una situación jurídica consolidada ni un derecho adquirido a favor de quien la solicita; y que capacitan a todos sus asesores para que puedan explicar de manera satisfactoria, las características y particularidades de los regímenes pensionales.

En último término, señaló que para que se invierta la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, la demandante debe encontrarse inmersa dentro del régimen de transición o debe contar con una expectativa legítima de pensión; que legalmente no es viable el traslado de régimen solicitado, como quiera cuando la actora solicitó su traslado le faltaban menos de diez años para cumplir la edad de pensión; que la accionante no acredita 15 años de servicios al 01 de abril para poder retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo conforme a la sentencia SU-062 de 2010; y que el plazo para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años, por lo que operó el fenómeno prescriptivo.

PORVENIR S.A. (fls. 204 a 223) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Indicó que la afiliación de la demandante fue voluntaria, informada y libre de presiones o engaños; que la actora suscribió el formulario de afiliación consciente de sus implicaciones; que siempre se le garantizó a la accionante el derecho de retracto; y que al transcurrir más de 20 años desde la celebración del acto de afiliación, su consentimiento se encuentra ratificado, pues la actora pagó aportes y no manifestó inconformidad alguna con la decisión que adoptó.

Manifestó que no aparece demostrado que el objeto o la causa del contrato fueran ilícitos, así como tampoco que la demandante fuera una incapaz absoluta, para declarar una nulidad absoluta; que el caso únicamente sería dable alegar una nulidad relativa, no obstante, el consentimiento se encuentra ratificado al permanecer la accionante alrededor de 24 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Explicó que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece que la afiliación quedará sin efecto cuando median actos atentatorios contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social o impidan dicho derecho, no obstante, en el caso no se presenta tal evento o situación específica; y que en estos asuntos, la Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia del traslado pero con los efectos de una nulidad absoluta, sin permitir su saneamiento o su extinción por el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, adujo que de existir un vicio del consentimiento sería el error, sin embargo, y como quiera que se fundamenta en las implicaciones que traería el cambio de régimen ante la información errada que le suministró a la demandada, o porque ignoró las consecuencias de su traslado, el error que se alega es de derecho, el que no vicia el consentimiento por mandato legal; que la demandante no hizo uso del derecho de retracto; y que debe presumirse que las actuaciones de los particulares están revestidas de buena fe.

2. VINCULACIÓN PROTECCIÓN S.A.

Mediante auto del 11 de junio de 2019, se vinculó a **PROTECCIÓN S.A.**, quien al igual que los demandados se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 243 a 250), proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o la ineficacia de traslado, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, y la genérica.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Indicó que todas las personas que han requerido su afiliación lo han hecho de forma libre y voluntaria; que lo anterior quedó plasmado en el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994; que la asesoría que se le brindó a la accionante se realizó de conformidad con la normatividad y exigencias de la época; que cuenta con asesores capacitados para que se pueda brindar una asesoría clara, completa e integral; que a la actora se le informó la posibilidad de optar por una pensión anticipada, siempre y cuando contara con un capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo, la figura de la pensión de garantía mínima, la posibilidad de obtener excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial del capital acumulado, así como las implicaciones que aparea el cambio de régimen pensional.

Manifestó que no es dable predicar un error, dado que a la accionante se le brindó la información necesaria para que conociera las consecuencias que aparejaba el traslado de régimen pensional; que la actora conocía la especie u objeto del contrato, así como la calidad de este; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que la entidad jamás ejerce ni ha ejercido fuerza o presión para lograr la afiliación de una persona.

Señaló que sólo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, se estableció el deber de informar a los consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales; que la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, establecen el deber de poner a disposición de los usuarios herramientas financieras que permitan obtener mayor comprensión sobre el régimen pensional seleccionado, y los efectos que acarrea su decisión de trasladarse o permanecer en uno o en otro régimen pensional; y que hasta la Circular 016 de 2016 se exigió conservar soportes documentales que den cuenta de la doble asesoría.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Adujo que la variación del monto no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia; y que para solicitar la rescisión de un contrato se cuenta con cuatro años.

En último término, explicó que también es deber de los consumidores financieros informarse sobre los productos o servicios que se pretenden adquirir, así como revisar los términos y condiciones de los respectivos contratos.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 29 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la actora al régimen de ahorro individual el 13 de agosto de 2002 y fecha de efectividad a partir del 01 de octubre de 2002, por intermedio del fondo privado PORVENIR S.A., y, en consecuencia, declarar como válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de los gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Para ello se le concede el término de un mes.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de gastos de administración y de traslado. Para ello se concede el término de un mes.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las entidades demandadas, salvo la denominada SKANDIA participó ni intervino en el momento de la selección de régimen propuesto por SKANDIA, sin efectos liberatorios.

SEXTO: COSTAS EN ESTA INSTANCIA a cargo de PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$1'200.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia es deber de los fondos privados acreditar

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

que brindó a su afiliado información clara, completa, comprensible, de tal manera que éste tenga conocimiento de las características y condiciones de los regímenes pensionales, así como sus ventajas y desventajas; que por lo anterior, el consentimiento que se obtiene es cualificado, de suerte que los posibles afiliados cuenten con la información necesaria para conocer los efectos de su traslado, y puedan elegir la mejor opción del mercado; y que el deber de información existe desde la misma creación de los fondos privados.

Indicó que no se allegó ninguna prueba de la que se pueda determinar que se cumplió con el deber de información para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen de la actora, puesto que el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditada dicha obligación, dado que es una forma preimpresa de la que no se puede extraer la información que se exige; que si bien la accionante efectuó traslados horizontales de régimen, esto no ratifica su consentimiento de permanecer en el régimen de ahorro individual; y que no existe prueba de la que se logre extraer que la demandante tenía conocimiento que no podría retornar al régimen de prima media una vez cumpliera los 47 años de edad.

Agregó que no existe limitación constitucional que establezca que los únicos a los que se les puede declarar una ineficacia de traslado es a los beneficiarios del régimen de transición; que no hay necesidad de hablar de vicios del consentimiento, puesto que el problema jurídico debe ser abordado desde la óptica de la ineficacia del traslado; y que por lo anterior, se deben devolver todos los valores que los fondos privados recibieron por concepto de la afiliación de la actora, incluyendo gastos de administración, los que deben ser asumidos por el fondo privado con cargo a sus propios recursos.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Concluyó indicando que la anterior decisión no descapitaliza a COLPENSIONES, dado que se devuelve la totalidad de los valores que debieron ingresar al régimen de prima media; y que no opera la excepción de prescripción, pues la ineficacia de traslado es una pretensión declarativa, y se está frente a un derecho irrenunciable, como lo es la pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PORVENIR S.A.

Adujo que la accionante se trasladó al fondo en el año 2000, fecha en la que se le brindó una información clara y comprensible, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios; que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece la ineficacia de traslado cuando se presenten actos atentatorios contra la afiliación, sin embargo, el dolo no fue acreditado en el caso; que el formulario de afiliación no es un simple formato, por el contrario es un simple documento público que se presume auténtico y que no fue tachado de falso, por demás que no se pueden exigir documentos adicionales, dado que la información que se generaba en su momento era de forma verbal y no era dable efectuar una proyección pensional, por cuanto era imposible conocer el momento en el que la actora se iba a pensionar; que la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 fue declarada exequible, por cuanto de no ser así se podría descapitalizar el régimen de prima media; y que la actora firmó tres formularios de afiliación, aunado a que ha estado más de 20 años en el régimen de ahorro individual, con lo que convalidó su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual.

En último término, indicó frente a los gastos de administración que efectuó una devolución de todos los dineros que ingresaron por concepto de afiliación de la actora, por demás que estos gastos no forman parte integrante de la cuenta de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ahorro individual, se destinaron a cubrir los riesgos de invalidez y muerte, y no hacen parte de los valores que se deben trasladar; y que operó el fenómeno de la prescripción frente a los gastos de administración.

PROTECCIÓN S.A.

Explicó que no es dable declarar una ineficacia de traslado fundamentada en el error, puesto que la actora manifestó su consentimiento a través de los formularios de afiliación, lo que se presentó en reiteradas oportunidades a lo largo de su vida laboral; y que conforme a lo manifestado por el accionante quién actuó en indebida forma fue el empleador, pues lo obligó a suscribir los formularios de afiliación.

Manifestó que la administradora ha gestionado los dineros con el mayor cuidado posible, por lo que, no es dable la devolución de los valores objeto de condena y los gastos de administración, lo que se puede constatar con los rendimientos financieros, por demás que de conformidad con las restituciones mutuas no se puede desconocer que el bien produjo unos frutos, por lo que resulta necesaria la conservación de tales gastos administrativos; y que no es dable solicitar seguros previsionales, ya que la administradora está imposibilitada para cobrar a la aseguradora.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Expresó que los gastos de administración son cobrados para cubrir dos servicios diferentes, póliza de vejez y muerte, y el manejo de la cuenta de ahorro individual; y que lo anterior, surge por mandato legal, no se encuentran en las arcas de la administradora, y podrían generar un enriquecimiento injustificado en caso de devolución.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

COLPENSIONES.

Indicó que no existen elementos que permitan establecer error o inducción en el error por la falta de información, como consecuencia de la asesoría efectuada por el fondo privado; que contrario a lo anterior, está acreditado que la administradora firmó un formulario de afiliación, que efectuó múltiples traslados horizontales, lo que ratificó aún más su decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual, no siendo dable que sólo 20 años después se escude en la falta de información que presuntamente no señaló el fondo privado para ingresar al régimen de prima media; y que la carga de la prueba recae en cabeza de la demandante, pues existe una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., más aún cuando las negaciones indefinidas no quiere decir que se deba estar desprovisto de prueba, más aún cuando lo que se pretende probar ocurrió hace más de 20 años.

Explicó que el deber de información sólo se materializa con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, pues a los fondos privados antes de tales normas no se les exigía nada diferente al establecimiento de formularios de afiliación.

Adujo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición para poder retornar al régimen de ahorro individual en cualquier momento; que el regreso de la accionante afectaría el sostenimiento del fondo común, puesto que ésta dejó de hacer aportes por más de 20 años, se sostienen con las cotizaciones que hacen las personas durante toda su vida laboral; que los aportes, rendimientos, y gastos de administración se deben devolver debidamente indexados; y que no se debe condenar en costas, dado que es un tercero ajeno a los actos de afiliación de la demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.
Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.
Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.**

durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones</u> <u>información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de</u> <u>información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.
Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.**

investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”. (Negrillas por la Sala).

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

"(...) 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."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 11 de abril de 1994 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 88 a 91; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A., el 13 de agosto de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

2002 (fl.311); **iii)** Posteriormente se afilió a Pensiones y Cesantías Santander (hoy PROTECCIÓN S.A.) el 20 de abril de 2005 (fl.251), a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 20 de octubre de 2009 (fl.138); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 05 y el 29 de junio de 2018, ante COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLPENSIONE y PORVENIR S.A., pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 30 a 52).

A folio 311 se avizora el formulario de afiliación que laa demandante suscribió el 13 de agosto de 2002 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *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.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que ésta se limitó a exponer que al

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.
Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

momento de la afiliación únicamente su empleador le informó que se debían cambiar de fondo de pensiones porque el I.S.S. se iba a acabar, y que no recibió información de que sus aportes estarían destinados a una cuenta de ahorro individual ni que eran los aportes voluntarios, por lo que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta los interrogatorios de las representantes legales de PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar “...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...” además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

"La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que CONFIRMARÁ la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Leonor Bejarano Chaux del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Frente a la inconformidad de las demandadas respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas de administración y seguros previsionales que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“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”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de gastos de administración que se hubieren cobrado por parte de las demandadas, ya que al existir una conducta indebida de la éstas, deben asumir a cargo de su propio patrimonio, tal rubro.

Pese a lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo y tercero** de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados; ello como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, no siendo así con los aportes dado que los mismos están sujetos a rendimientos, y ordenar su indexación constituiría una doble condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: “la acción de

Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los correspondientes **gastos de administración debidamente indexados**, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00021 -01.
Demandante: **LEONOR BEJARANO CHAUX.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.**

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**, **DAVID A.J. CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de octubre 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE IVÁN SEPÚLVEDA JARAMILLO** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de

Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad con PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita la ineficacia de su traslado pensional, su retorno al régimen de prima media, y el traslado de todas las cotizaciones y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 70 a 85), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causa de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que el accionante no hizo uso del derecho de retracto dentro de los cinco días siguientes a su afiliación; que no se presenta un error de hecho, dado que el que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que no se hizo la solicitud de nulidad del traslado dentro del plazo contemplado para ello, ya que, el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C., es de cuatro años; que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1754 del C.C., como quiera que ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues el accionante ha

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00528 -01.
Demandante: **JORGE IVÁN SEPÚLVEDA JARAMILLO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión; y que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que en los casos decididos por la Corte Suprema de Justicia en los que se declaró la ineficacia de traslado, fue respecto de personas con régimen de transición o expectativas legítimas, sujetos a los que les resultaba gravoso su cambio de régimen pensional.

Indicó que la carga de la prueba le corresponde a la parte actora conforme al artículo 167 del C.G.P.; que la afiliación del demandante se presentó en el año 2000, por lo que ha dejado de cotizar al sistema por alrededor de 20 años, situación que afecta la sostenibilidad del sistema pensional; y que la decisión de declarar la ineficacia de traslado desvertebra la debida planeación en el pago de pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento del mismo.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 97 a 114) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Indicó que la afiliación de la demandante fue voluntaria, informada y libre de presiones o engaños, tal y como se hace constar en el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico; que no está demostrado que el acto mediante el cual accionante se afilió, tuviera un objeto o una causa ilícita, o que el demandante padezca de algún tipo de incapacidad; y que por lo anterior, sólo se podría alegar una nulidad relativa, no obstante, al transcurrir más de 19 años desde la celebración de tal acto, su consentimiento se encontraría ratificada.

Manifestó que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece que la afiliación quedará sin efecto cuando median actos atentatorios contra el derecho de afiliación al sistema de

seguridad social o impidan dicho derecho, no obstante, en el caso no se presenta tal evento o situación específica; y que en estos asuntos, la Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia del traslado pero con los efectos de una nulidad absoluta, sin permitir su saneamiento o su extinción por el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, adujo que de existir un vicio del consentimiento sería el error, sin embargo, y como quiera que se fundamenta en las implicaciones que traería el cambio de régimen ante la información errada que le suministró a la demandada, o porque ignoró las consecuencias de su traslado, el error que se alega es de derecho, el que no vicia el consentimiento por mandato legal; que el demandante no hizo uso del derecho de retracto; y que debe presumirse que las actuaciones de los particulares están revestidas de buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 23 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por el actor al régimen de ahorro individual el 02 de junio de 2000 y fecha de efectividad a partir del 01 de agosto de 2000, por intermedio del fondo privado PORVENIR S.A., y, en consecuencia, declarar como válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, los cuales se deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se le concede el término de un mes.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

QUINTO: COSTAS EN ESTA INSTANCIA a cargo de PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$1'200.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia es deber de los fondos privados acreditar que cumplieron con el deber de asesoría, brindando la correspondiente información necesaria a los posibles afiliados de los efectos de su traslado, para lograr una mayor transparencia, de suerte que éstos puedan elegir la mejor opción del mercado; y que en cumplimiento de tal deber de información, se debieron señalar las características de los regímenes pensionales, sus ventajas y desventajas, puesto que cuentas con instituciones profesionales, especializadas, y expertas en la materia, respaldadas en equipos actuariales.

Indicó que no se allegó ninguna prueba de la que se pueda determinar que PORVENIR S.A. acreditó que cumplió el deber de información para la fecha en que se efectuó el traslado del actor, esto es, para 02 de junio de 2000; que el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información, pues es una forma preimpresa de la que no se puede extraer el cumplimiento de la obligación de informar al afiliado; que del interrogatorio de parte no se puede extraer que se hubiera dado una confesión, pues a lo sumo podría entenderse que conocía algunas características del régimen de ahorro individual, pero el fondo privado hubiera acreditado su deber de información; que al estar frente a derecho conexo a la seguridad social, la afiliación no se puede tener por saneada; que el estudio no se puede efectuar de conformidad con las nulidades sustanciales y/o vicios del consentimiento, según criterio de la Corte Suprema de Justicia; y que no se tiene certeza de que se hubiera enviando algún comunicado de PORVENIR S.A. informando la posibilidad de retornar al régimen de prima media, así como tampoco que el actor hubiera recibido la correspondiente comunicación.

Concluyó indicando que se deben devolver todos los valores que ingresaron al régimen de prima media, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, incluyendo gastos de administración, los que deben ser asumidos por el fondo privado con cargo a sus propios recursos; que COLPENSIONES debe recibir tales valores; y que no opera la excepción de prescripción, ya que, la ineficacia de traslado es una pretensión declarativa, y se está frente a un derecho irrenunciable, como lo es la pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PORVENIR S.A.

Adujo que se presenta es el fenómeno de la ineficacia en razón a una falta de información, sin embargo, la norma establece que para que se pueda declarar deben existir actos que atenten contra el trabajador, esto es, actos con dolo para atentar contra la afiliación; que contrario a lo anterior, el actor suscribió el formulario de manera libre y voluntaria; que el accionante en el año 2010 se le comunicó acerca de la posibilidad de retornar al régimen de prima media al estar cerca de quedar a menos de diez años para cumplir la edad pensional; que el formulario de afiliación era el documento que se exigía para realizar el traslado, y que la información se brindó de manera verbal, de manera que no era posible considerar que tal prueba sea un simple formato, ya que fue avalado por la Superintendencia Financiera y cumple con las exigencias de la Ley 100 de 1993, por demás que la vida laboral del actor ya había iniciado, no era beneficiario del régimen de transición, no era requisito realizarle una proyección pensional -aunado a que no se podía prever los últimos años de vida laboral del actor-, y el accionante permitió que se le realizaran descuentos con lo que ratificó su querer de estar vinculado al fondo privado.

Manifestó que en todos los casos en que la Corte Suprema de Justicia declaró la ineficacia de traslado, se estaba frente

afiliados beneficiarios del régimen de transición, se produce un perjuicio claro y cierto, por demás que el actor ni siquiera tiene certeza del valor con el que se podría pensionar en COLPENSIONES; que en salvamento de voto el Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán señaló que el legislador estableció un sistema legal que permitió la libertad de elección del régimen pensional; y que el actor está inmerso en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, previendo aspectos como la protección del interés general por encima del particular, y no descapitalizar el régimen de prima media.

En último término, indicó frente a los gastos de administración que la Superintendencia Financiera ha informado que en caso de declararse la ineficacia de traslado, lo único que se deben devolver son los aportes y los valores de la cuenta de ahorro individual, pero no dichos gastos, puesto que estos no pertenecen al afiliado, no financian la prestación, sino un seguro.

COLPENSIONES.

Indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición que es la única manera que permite a un afiliado retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo; y que lo que se busca es prever un futuro daño a los afiliados del régimen de prima media, como quiera que los cálculos actuariales que realiza la entidad para prever estos recursos no tienen en cuenta las pensiones de personas que retornar por una ineficacia de traslado, por demás el régimen de prima media se mantiene con los aportes de todos los afiliados según criterio de la Corte Constitucional.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008,

33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que

garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

		afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el

Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido

asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 21 de mayo de 1981 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el medio óptico de folio 86; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A., el 02 de junio de 2000 (fl.116) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 21 de junio de 2019, ante COLPENSIONE y PORVENIR S.A. respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por dichas entidades (fls. 27 a 37).

A folio 116 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 02 de junio de 2000 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, según los cuales *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.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que éste se limitó a exponer que al momento de la afiliación únicamente le informaron acerca de la posibilidad de pensionarse cuando arribara a la edad de 50 años, y que no recibió información de que sus aportes estarían destinados a una cuenta de ahorro individual ni que su pensión dependía del capital que ahorrara, por lo que la información con la que contaba el accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para el declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio de la representante legal de PORVENIR S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

Finalmente, y en lo que respecta a que el accionante en 2010, a través de su empleador le fue informada la posibilidad de retornar al régimen de prima media antes de quedar inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, basta con establecer que no obra prueba en el expediente que respalde tal apreciación, por demás que en interrogatorio de parte el demandante fue claro en manifestar que su empleador no le dio a conocer tal situación.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00528 -01.
Demandante: **JORGE IVÁN SEPÚLVEDA JARAMILLO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que CONFIRMARÁ la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Jorge Iván Sepúlveda Jaramillo del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“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”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de rendimientos al hacer parte de la cuenta de ahorro individual del actor, y los gastos de administración que se hubieren cobrado, pues al existir una conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio.

Pese a lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados; ello como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se

hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los correspondientes **gastos de administración debidamente indexados**, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **EDGAR SÁNCHEZ SUNA** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la “*nulidad*” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad con

PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita se declare que, COLPENSIONES tiene la obligación legal de admitir su traslado de régimen; que PORVENIR S.A. tiene que trasladar todos los recursos que haya en su cuenta de ahorro individual; y que COLPENSIONES efectuó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, junto con los intereses moratorios.

Subsidiariamente, pretende el reconocimiento y pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 40 a 56), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causa de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que el accionante no es beneficiario del régimen de transición ni contaba con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, por lo que no puede retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; que el actor debió solicitar su retorno a COLPENSIONES cuando le faltaren más de diez años para cumplir con el requisito para adquirir su derecho a la pensión, no obstante, elevó la solicitud de retorno cuando ya estaba

inmerso en la prohibición legal de trasladarse de que trata la Ley 797 de 2003, esto es, la imposibilidad de efectuar cambiar de régimen pensional cuando falten menos de diez años para cumplir la edad de pensión; y que en los casos decididos por la Corte Suprema de Justicia en los que se declaró la ineficacia de traslado, fue respecto de personas con régimen de transición o expectativas legítimas, personas a quienes les resultaba gravoso su cambio de régimen pensional.

Finalmente, indicó que no se presenta un error de hecho, dado que el que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que no se hizo la solicitud de nulidad del traslado dentro del plazo contemplado para ello, ya que, el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C., es de cuatro años; que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del C.C., como quiera que ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues el accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión; y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 80 a 107) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, falta de causa para pedir la rescisión durara cuatro años, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, y la innominada o genérica.

Indicó que los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad gozan del derecho de libre escogencia; que el accionante suscribió de manera libre y voluntaria; que **PORVENIR**

S.A. realizó campañas masivas a través de las que envió comunicaciones masivas a sus afiliados sobre la expedición de la Ley 797 y el Decreto 3800 de 2003, informando la posibilidad de retornar al régimen de prima media dentro del año de gracia que dispuso tal normatividad; que la expectativa de pensión del accionante estaba aún lejana al momento del traslado, pues tan sólo contaba con 45 años de edad y no era beneficiario del régimen de transición; que el asesor informó acerca de la posibilidad de realizar cotizaciones voluntarias, conseguir una pensión anticipada, y el factor herencial de los aportes; que el accionante solicitó su correspondiente bono pensional, acto de ratificación de su intención de pensionarse; que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; que el demandante es un profesional y una persona intelectualmente estructurada, por lo que contaba con la capacidad de sopesar los beneficios de su traslado de régimen pensional.

Explicó que el formulario de afiliación cumple con los parámetros establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que el accionante contaba con los cinco días hábiles de que dispone el Decreto 1161 de 1994, para efectuar su derecho de retracto.

Manifestó que no es dable predicar una nulidad absoluta, como quiera que no se observa que se hubiere presentado un objeto o una causa ilícita o la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos; que no se presenta error de hecho, dado que el vicio que se alega no recae sobre la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, pues el actor sí pretendió afiliarse al fondo privado; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que no obra prueba de dolo, esto es, el presunto engaño del afiliado.

En último término, explicó que para que haya lugar al pago de perjuicios es necesario acreditar el daño padecido, el hecho

intencional o culposo y la relación de causalidad entre esa conducta y el perjuicio; que no es dable indemnizar meras expectativas, de manera que, los perjuicios deben ser ciertos, no hipotéticos o eventuales; que conforme al artículo 835 del C.Co. la carga de la prueba recae en cabeza de quien alega la culpa o la mala fe; y que el plazo para pedir la rescisión de un contrato de trabajo es de máximo cuatro años.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 28 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuada por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 06 de julio de 2001

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliado el actor, a trasladar a COLPENSIONES- los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1'000.000

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia desde su fundación le correspondía a los fondos privados acreditar que cumplieron en debida forma con el deber de asesoría, brindando la correspondiente información clara y suficiente a los posibles afiliados de los efectos de su traslado; que en cumplimiento de tal deber de información, los fondos privados debían señalar ventajas y desventajas; y que el simple suministro de un formulario de afiliación es insuficiente para tener por demostrado el deber de información.

Indicó que no se allegó ninguna prueba documental de la que se pueda determinar que la demandada acreditó que cumplió el deber de información para la fecha en que se efectuó el traslado

del actor, esto es, para 06 de julio de 2001; y que no se allegó la hoja de vida del asesor, sus capacitaciones, así como tampoco obra política clara de la forma cómo se efectúan los traslados de regímenes de PORVENIR S.A.

Concluyó indicando que se deben devolver todos los valores que ingresaron al régimen de prima media, incluyendo cotizaciones, rendimientos, financieros y gastos de administración; que COLPENSIONES debe recibir tales valores; y que no opera la excepción de prescripción, ya que, la ineficacia de la afiliación persigue un derecho pensional, el que es de carácter imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PORVENIR S.A.

Adujo que la carga de la prueba con fundamento en la Ley 1328 de 2009, y en consideración a que estamos frente a hechos de hace más de 20 años, la imposición señalada por la A Quo no resiste un análisis ponderado serio, toda vez que en principio responde al demandante y que en virtud de la carga dinámica de la prueba se impone a los fondos, en el *sub lite*, es inexistente.

Indicó frente a los gastos de administración que estos tienen como fundamento la ley a favor de las administradoras de ambos regímenes pensionales; que son una contraprestación por los servicios de operación y administración de las cuentas individuales de los afiliados; que son pagados por su legítima gestión del fondo privado; que por lo anterior, ordenar su pago es violatorio de la ley, pues se generaron por las inversiones de la administradoras que le generaron rendimientos de la cuenta de ahorro individual del accionante, de manera que, un entendimiento contrario generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, ya que, ante la ineficacia de

traslado, es como si no se hubiera generado la obligación de generar rendimientos.

Agregó que para el momento del traslado, el legislador no previó como debían llevarse las asesorías a pensión; y que los rendimientos financieros están consignados en la cuenta de ahorro individual, pero se ocasionaron exclusivamente por la vinculación al régimen de ahorro individual.

COLPENSIONES.

Indicó que el demandante se encuentra inmerso dentro de una prohibición legal de traslado; que los términos de traslado tienen como fin evitar la descapitalización del sistema pensional; que el régimen de prima media funciona de forma solidaria, por lo que, el actor al trasladarse en 2001 no aportó a tal sistema, lo que genera un desequilibrio económico; que es inaplicable el precedente de la Corte Suprema de Justicia, ya que, del interrogatorio de parte se logra establecer que al demandante se le asesoró de forma clara y debida, además que conocía la forma cómo funcionaba el régimen de prima media; y que es atemporal el deber de información en los términos que se está requiriendo, ya que, para la época del traslado era imposible conocer el valor de la mesada pensional.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la

información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir

a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer

la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 28 de enero de 1977 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el medio óptico de folios 61 a 63; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A., el 06 de julio de 2001 (fl.108); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 27 de mayo de 2014 y el 11 de agosto de 2017, ante COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 7 a 11).

A folio 108 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 06 de julio de 2001 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *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 SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que éste se limitó a exponer que al momento de la afiliación llegaron a la empresa unas muchachas aduciendo que sus ingresos por la pensión iban a ser altos, que los fondos de pensión iban a trabajar de la mano con el alza del dólar, sus aportes tenían una rentabilidad de acuerdo con los que ellos trabajaran, y que no recibió información de cómo funcionaba el I.S.S., por lo que la información con la que contaba el accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para el declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio de la representante legal de PORVENIR S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y, por ello, el examen del acto de

cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que CONFIRMARÁ la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Edgar Sánchez Suna del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de devolver los rendimientos y las cuotas de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“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”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la

nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en

el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de rendimientos al hacer parte de la cuenta de ahorro individual del actor, y los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que al existir una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a cargo de su propio patrimonio, tal rubro.

Pese a lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados; ello como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que

estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...]*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2018-00011 -02.

Demandante: **EDGAR SÁNCHEZ SUNA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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».

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

· Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los correspondientes **gastos de administración debidamente indexados**, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Demandante: **EDGAR SÁNCHEZ SUNA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

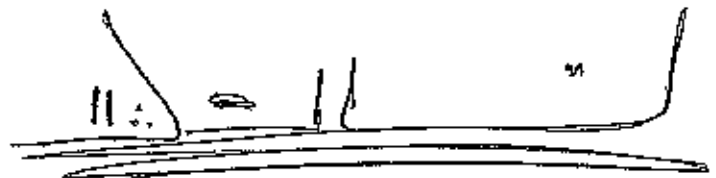
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310502220180030801
Demandante: **OLGA YADIRA SANDOVAL SARMIENTO**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ, identificado con C.C. No. 1.018.463.893 y T.P. No. 302.039 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferida.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **OLGA YADIRA SANDOVAL SARMIENTO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

- COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se **pretende** se declare la “nulidad” del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, y a esta última a tramitar el recaudo de dichos dineros.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes **hechos**:

1) Nació el 02 de marzo de 1962; 2) Cotizó al ISS desde el 21/08/1990 hasta el 18/08/1999, para un total de 463 semanas; 3) Fue trasladada a Porvenir S.A., encontrándose, para dicha fecha, laborando en la Empresa Colombiana de Emulsificantes S.A. Colemalsa en liquidación obligatoria; 4) La primera cotización en Porvenir S.A. se efectuó en el mes de septiembre de 1999; 5) El fondo privado no la asesoró, ni le dio información al momento del traslado y tampoco le indicó cuales eran los requisitos para pensionarse en ese sistema; 6) Porvenir S.A. no le informó que el valor de la pensión dependía de la modalidad de retiro y de los rendimientos de capital, entre otros aspectos; 7) El 03/10/2017 radicó solicitud de nulidad de traslado ante Porvenir S.A., a la cual se le dio respuesta el 19/10/2017 de manera negativa; 8) El 20/10/2017 radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad de traslado, petición que fue negada en la misma data.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 69-100) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de

nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Adujo que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por lo tanto no puede regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, ello debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, además, para la conservación del régimen de transición, en los casos de traslado de régimen, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es requisito fundamental acreditar 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994.

Mencionó que, de los hechos de la demanda se concluye que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial, por ello, no se está en presencia de lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Expuso que, en caso de declarar la existencia de una nulidad, debe tenerse en cuenta que la misma no se alegó dentro del término dispuesto en el artículo 1750 del CC y que la misma fue sancionada en los términos del artículo 1752 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

Finalmente, adujo que, le compete a la demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados de conformidad con lo expuesto en los artículos 1516 del Código Civil y 167 del CGP, lo que brilla por su ausencia en este caso.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 106-146), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la

información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Mencionó que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finalizó diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

III. SENTENCIA APELADA

La A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la señora Olga Yadira Sandoval Sarmiento identificada con C.C. No. 60.289.949, al régimen ahorro individual con solidaridad, acaecido el 26 de agosto de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Ordenar a Porvenir S.A., fondo al que se encuentra afiliada la señora Olga Yadira Sandoval Sarmiento identificada con C.C. No. 60.289.949, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedo explicado en esta providencia.

Tercero: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.
(...)”

En síntesis, la *a quo* expuso, sobre la ineficacia del traslado, que la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias, entre las que se encuentra la SL 1452 del 2019, ha expuesto que desde su creación las AFP se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro, objetivo y libre de las mejores opciones del mercado, además, ha considerado que dada la doble calidad de las AFP como entidades de servicios financieros y entidades de la seguridad social el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso, pues de su ejercicio dependen intereses sociales.

Arguyó que la mentada Corporación también ha manifestado que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado y si este alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca y en este caso ello se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta y por ello corresponde a la AFP demostrar tal supuesto.

Descendiendo al caso concreto, indicó que la accionante se trasladó del RPMPD al de RAIS el 26 de agosto de 1999 y se hizo efectiva a partir del 01 de octubre del mismo año, tal como se verifica en folio 119 y bajo tal perspectiva es claro que la carga de la prueba la tenía Porvenir quien debía demostrar qué tipo de información le dio a la usuaria al momento de su traslado y si la misma fue veraz, además de comprender tanto las condiciones negativas y positivas de su decisión y como ello no sucedió de ahí que el traslado se haya tornado nulo.

Finalmente, advirtió que solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue un derecho pensional el cual es imprescriptible ya que afecta los derechos del afiliado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., en primer lugar y en cuanto al deber de información a cargo de las AFP, adujo que el mismo no se desconoce y lo que ocurre es que se tergiversa frente a la expectativa de dicha obligación, lo cual no escapa a los pronunciamientos de las Honorables Cortes de cierre, pues es la jurisprudencia la que indica que las AFP deberían alcanzar a plenitud el conocimiento de las pretensiones de los afiliados frente a las consecuencias del cambio de régimen, sobre la base del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como se ha indicado que las AFP deberían suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones realizadas para la decisión adoptada

conforme el artículo 7 del Decreto 663 de 1993, respecto de las características, condiciones, acceso y servicios de los regímenes pensionales.

Expuso que la afiliación de la demandante se dio en el año 1999 y al rendir su interrogatorio de parte ella dio respuestas evasivas, pues indicó no recordar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su afiliación, sin siquiera recordar el año exacto en que se dio la afiliación, ni el hecho de haber firmado el formulario de afiliación y bajo tales premisas no se puede asegurar que efectivamente no se le brindó la información, sin que haya un criterio efectivo de que le ha faltado la información.

Frente a la condena de trasladar todos los valores que se encuentran en la cuenta individual de la demandante, incluidos los rendimientos y el valor de los gastos de administración, manifestó que este no es un valor sujeto de ser trasladado y no se deben ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, pues ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar al pago de valores adiciones configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero en el negocio jurídico como lo sería Colpensiones, adicionalmente, la Superfinanciera en concepto con radicado 20191522161 del 2020 indicó en forma expresa que, en caso de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar serían los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, en razón de que la compañía cumplió con el deber de prestar la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración, pues en este orden de ideas los gastos de administración no corresponden a valores que pertenecen a ningún afiliado.

COLPENSIONES, por su parte, argumentó que en la sentencia de primer grado no se logra visualizar una explicación concreta respecto a las inconformidades hechas por Porvenir y por dicha entidad respecto a interrogatorio de parte surtido por la demandante, ya que, si bien existe jurisprudencia a favor, en la cual se basó la Juez para dictar la sentencia, se dejó de lado el análisis particular del caso y en tal sentido aduce que el interrogatorio de parte de la actora carece de toda certeza y credibilidad, notándose que es preparado, dado que sus respuestas se contraponen unas con otras, ya que al inicio señala que su real motivación para volver al RPM es modificar su valor pensiones, pero luego en otras respuestas aduce que la motivación es la falta de información y que asumirá las consecuencias de una mayor o mesada pensional, ello quiere decir que si su principal motivación es la falta de información, ello es totalmente saneable

Indicó que la demanda, al saber que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, en su interrogatorio de parte lo que hizo fue poner trabas a la verdad para que los fondos no pudieran dilucidar cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar y aquellas por las cuales quiere volver al RPM, y lo que hizo la actora fue ajustarse al precedente judicial para así obtener una sentencia a su favor, violentando el principio de justicia.

Expuso que Colpensiones no puede sostener y responder por actor jurídicos de terceros, en este caso Porvenir, la demandante y la empresa que ella dice la indujo a afiliarse a Porvenir, ya que Colpensiones es simplemente un administrador de patrimonio de las personas afiliadas al RPM y también sería injusto recibir a la demandante, ya que la mayor parte de su vida laboral no ha aportado a este régimen y no ha cumplido el requisito de solidaridad, poniendo en riesgo la descapitalización de Colpensiones y las mesadas pensionales de sus afiliados.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las demandadas, quienes reiteraron lo expuesto en las contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional

efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información

clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las

distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que

se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,
la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De otro lado, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 21/08/1990 (fl. 98); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 26/08/1999 a través de la A.F.P Porvenir (fl. 12 y 119); y iii) que los días 20/10/2017 y 03/10/2017 (fl. 13 y 21) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folios 12 y 119 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de agosto de 1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia transcrita in extenso en precedencia así como en posterior decisión¹, según las cuales “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.”

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, los fondos privados demandados tienen la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

tuvieran esa obligación, tal como fue argumentado por las demandadas en sus apelaciones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que

dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“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”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

En cuanto al argumento expuesto por **COLPENSIONES** en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la posibilidad de saneamiento de la conducta de la accionante, otro de los argumentos presentados por **PORVENIR S.A.** en su apelación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por los aportes pagados

durante el tiempo de afiliación al RAIS o porque posteriormente se le brinde la información que debió habersele dado en el acto inicial de traslado de régimen.

Ahora bien, al sustentar sus recursos las demandadas adujeron que la demandante no fue consistente en su interrogatorio de parte y que al no recodar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado, no era posible determinar la información que se dio en tal momento, para lo cual, la Sala se remite a lo expuesto en dicha diligencia, en la cual, la demandante expuso que:

- Su afiliación a Porvenir S.A. se dio en la Compañía de Dulcificantes, donde inició sus labores en el año 1990 y 3 años después dicha compañía decidió afiliar a todos sus trabajadores a Porvenir.
- No recuerda el año exacto de la afiliación.
- Nunca recibió asesoría por parte de Porvenir S.A.
- No leyó el formulario de afiliación, no recuerda haberlo firmado y no recibió información de parte de Porvenir S.A.
- Si bien recibe extractos de Porvenir S.A. no entiende su contenido.
- No tiene clara la diferencia entre los dos regímenes.
- No conoce cuál sería su mesada en Porvenir S.A.
- Su motivación para regresar a Colpensiones es que siente que tiene más información de esta y por ello asumiría las consecuencias del cambio de régimen, incluso si le mesada en Colpensiones es menor.

Conforme lo probado, no es mucho lo que debe agregarse a la decisión de primer grado, por cuanto el interrogatorio de parte no demuestra que la demandante conociera de las características propias del RAIS o del RPM y menos aún desprende confesión que pueda perjudicarla, con lo que no puede decirse que la señora Sandoval Sarmiento hubiere recibido la información clara, precisa y veraz.

En cuanto a la vulneración al principio de la relatividad jurídica aducido por **COLPENSIONES** al sustentar su recurso, cuando indica que dicha entidad no debe responder por actos de terceros, ha de mencionarse que esta es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

"Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. "Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente."

Así las cosas, el mentado principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

³ Ibidem.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de inejecución de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de inejecución del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo; sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de inejecución del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- **ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A,** a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

Código Único de Identificación: 11001310502220180030801

Demandante: **OLGA YADIRA SANDOVAL SARMIENTO**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**, **DAVID A.J. CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el **auto** proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN CARLOS CARRERO MANCERA** promoviese contra la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

AUTO

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

Para lo que interesa al recurso, con la demanda se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 22 de julio de 1994 y el 22 de enero de 2016; que la relación laboral finalizó sin justa causa; que el demandante es

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00064 -01
Demandante: **JUAN CARLOS CARRERO MANCERA.**
Demandado: **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

beneficiario de la convención colectiva celebrada entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P** - en adelante **E.T.B.**- y el sindicato de la empresa de telecomunicaciones **SINTRATELÉFONOS**; y que no se incluyó dentro de la base salarial para liquidar prestaciones sociales, todos los conceptos convencionales, como lo es el quinquenio. Como consecuencia de lo anterior, solicita la reliquidación de sus cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, e indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; perjuicios morales; e indexación.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

La **E.T.B.** (fls.82 a 92), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, pago, compensación, prescripción, genérica.

Del mismo modo propuso como **excepción previa la de falta de reclamación administrativa**, la que sustentó en el artículo 6 del C.P.T. y de la S.S., señalando que sólo era dable iniciar la acción cuando se hubiera agotado la aludida reclamación, puesto que es un presupuesto para acudir a la jurisdicción.

3. PROVIDENCIA RECURRIDA.

El juzgado de conocimiento en audiencia del 08 de octubre de 2020 **declaró prospera** la excepción previa de falta de reclamación administrativa, en la medida que, si bien a folio 59 se encontraba un derecho de petición remitido a la **E.T.B.**, en este únicamente se avizora una solicitud de documentos, pero no en forma alguna que se hubiere puesto en conocimiento del empleador las pretensiones que se debaten en este juicio; y que dicha petición es de un día anterior a la demanda, por lo que no se cumplió con el término de diez días que establece el artículo

14 del C.P.A.C.A. para que la entidad pudiera efectuar una respuesta.

4. APELACIÓN.

La **PARTE ACTORA** recurrió la decisión. Afirmó que la naturaleza jurídica de la **E.T.B.**, es la de una empresa de servicios públicos domiciliarios, por lo que tiene una participación presupuestal del distrito capital, sin embargo, sus trabajadores se rigen por el derecho privado, por lo que no se requiere que se agote reclamación administrativa conforme jurisprudencia de la Corte Constitucional; y que la Ley 142 de 1994 establece que las empresas de servicios públicos domiciliarios que tengan una sola acción privada, se regirán para todos los efectos por el derecho privado.

Finalmente, señaló que las excepciones previas son taxativas; que la falta de reclamación administrativa no se encuentra enlistada en el artículo 100 del C.G.P.; y que se omitió dar aplicación al artículo 41 de la Ley 142 de 1994 que establece que las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas de carácter particular.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

II. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si frente a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** debía el demandante agotar previamente el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 6 del C.P.T. y de la S.S, esto es, la reclamación administrativa.

DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

La reclamación administrativa es el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando es decidida la solicitud o ha transcurrido un mes desde su prestación sin que se profiera respuesta. Sobre el tópico el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S., establece:

ARTICULO 6o. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exigible. Artículo modificado por el artículo 4o. de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta.

Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción.

Cuando la ley exija la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, ésta reemplazará la reclamación administrativa de que trata el presente artículo”.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 01 de julio de 2015, rad. 50550, explicó

que la reclamación administrativa constituye un **factor de competencia** para el juez, de manera que las pretensiones del libelo genitor y su causa no deben resultar diferentes, porque de lo contrario se afectaría el legítimo derecho de contradicción y defensa, ya que el objeto de iniciar la acción contenciosa radica en la posibilidad que la ley le otorga a la administración pública de revisar sus propias actuaciones antes de que estas sean sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social. Al respecto, dijo la H. Corte Suprema de Justicia:

“Si bien es cierto que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le otorga al juez de primera instancia la facultad de ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones diferentes de las pedidas, «cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados», también lo es que dicha facultad extra petita no es absoluta y encuentra un límite en tratándose de prestaciones que no fueron objeto de la reclamación administrativa.

En este caso se observa que la demandante le solicitó administrativamente al ISS el reconocimiento de la pensión de vejez, según se infiere de la Resoluciones Nos. 000982 de 2005 y 1251 de 2007 (Folios 3 a 5), es decir, la promotora del proceso agotó la reclamación administrativa en relación con la pensión de vejez, pero no la agotó respecto de la pensión de invalidez, que fue la que finalmente ordenó el juez de primera instancia.

Al respecto, esta Sala de Casación Laboral ha adocinado que la reclamación administrativa constituye un factor de competencia del juez del trabajo cuando la demandada sea la Nación, las entidades territoriales o cualquiera otra entidad de la administración pública, como lo es el ISS. En efecto, en sentencias CSJ SL, 13 oct 1999, Rad. 12221 y CSJ SL, 23 feb 2000, Rad. 12719, entre otras, la Corte adocinó:

Con todo, huelga resaltar que la demanda contra una entidad oficial, para su habilitación procesal y prosperidad, ha de guardar coherencia con el escrito de agotamiento de la vía gubernativa, de suerte que las pretensiones del libelo y su causa no resulten diferentes a las planteadas en forma directa a la empleadora, porque de lo contrario se afectaría el legítimo derecho de contradicción y defensa e, incluso, se violaría el principio de lealtad procesal. En este mismo sentido se ha pronunciado en anteriores oportunidades la Sala (cas. del 15/02/00, exp. 12767 y 22/10/98, exp. 11151).

Significa lo anterior que mientras no se haya agotado dicho trámite, el juez del trabajo no adquiere competencia para conocer del asunto. La importancia de realizar la reclamación administrativa con anterioridad a iniciar la acción contenciosa radica en la posibilidad que la Ley le otorga a la administración pública de revisar sus propias actuaciones antes de que estas sean sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, de modo que la falta de esta reclamación con anterioridad a la instauración de la demanda es insubsanable”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00064 -01
Demandante: **JUAN CARLOS CARRERO MANCERA.**
Demandado: **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.**

El anterior fundamento también fue expuesto por la H. Corte Constitucional cuando hizo el estudio de constitucionalidad del artículo 6° del C.P.T. y de la S.S. en sentencia C- 792 de 2006:

“La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales”.

Por otra parte, el numeral 1° del artículo 100 del C.G.P. establece que puede proponerse como excepción previa la de falta de competencia; recuérdese que al hablarse de falta de agotamiento de la reclamación administrativa se está hablando, en pocas palabras, de la falta de competencia que tiene el juez laboral para conocer de un litigio por no suplirse un requisito de procedibilidad que consiste en permitir a la administración corregir sus propios errores antes de que se acuda ante la jurisdicción ordinaria. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en providencia SL13128-2014 señaló:

“Como se observa, esta Corporación es del criterio de que el agotamiento de la reclamación administrativa es un factor de competencia del juez laboral, por lo que la ausencia de dicha reclamación conlleva a la falta de competencia del juez por un factor diferente del funcional, falta de competencia que es saneable si no se alega como excepción previa, según las voces del numeral 5 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.

III. DEL CASO EN CONCRETO.

Pues bien, sea lo primero advertir en relación con la naturaleza Jurídica de la **E.T.B.**, que aquella es una empresa de servicios públicos de capital mixto y naturaleza especial, constituida como sociedad comercial por acciones, con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal con un régimen de derecho privado, cuyo accionista mayoritario, es el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00064 -01
Demandante: JUAN CARLOS CARRERO MANCERA.
Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.

Distrito Capital de Bogotá, quien posee el 86.36% de las acciones, en tanto que inversionistas privados tienen el 11.6% y otros accionistas públicos tienen el 2% restante (fl.93).

Ahora bien, el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 establece:

“ARTÍCULO 41. APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968”.

La lectura de la norma transcrita como puede verse está referida a la calidad que ostentarán los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como particulares **concretamente para efectos salariales y prestacionales**, por lo que, para tales asuntos se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo, situación que debe advertirse, no lo excluye de la obligación de efectuar previamente la reclamación administrativa, pues como quedó visto la reclamación no se realiza ateniéndose a la calidad de quien demanda, sino por el contrario, atendiendo a la calidad de aquel quien eventualmente podrá ser demandado, es decir, la administración, con el fin de que pueda revisar sus actuaciones, y subsanar los errores en que incurra si a ello hubiere lugar.

Al punto, es menester recordar que, el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 establece que la Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano; cita la norma aludida:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00064 -01
Demandante: **JUAN CARLOS CARRERO MANCERA.**
Demandado: **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ**
S.A. E.S.P.

"ARTICULO 39. INTEGRACION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano (...)" (Negrillas por la Sala).

Así las cosas, para la Sala refulge nítido que al ser la **E.T.B.** prestadora de uno de los servicios públicos domiciliarios de que trata el artículo 1° de la Ley 142 de 1994, esto es, telefonía, y tener un capital público del 88,86%, era necesario que se agotara la correspondiente reclamación administrativa, pues el pluricitado artículo 6 del C.P.T. y de la SS, establece que las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales, y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado tal requisito.

Por lo anterior, y dado que en el sub lite únicamente aparece acreditado (fl 58-59) que el 21 de septiembre de 2019 se elevó solicitud por parte del demandante con el fin de que le fueran remitidas copias de la convención colectiva de trabajo recopilación 1984, del Acuerdo Convencional 1994-1996, de los desprendibles de pago del último año de relación laboral, de la certificación del último quinquenio devengado, y de su contrato de trabajo, pero de ningún aparte de la petición puede desprenderse que se hubiera puesto en conocimiento de la administración las pretensiones que con esta acción judicial se persiguen, debe concluirse que la razón le asiste al A Quo, por cuanto evidentemente no está agotada en debida forma la reclamación administrativa; razones por las que, sin más consideraciones debe declararse próspera la excepción previa planteada por la demandada.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la providencia venida en apelación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00064 -01
Demandante: **JUAN CARLOS CARRERO MANCERA.**
Demandado: **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ**
S.A. E.S.P.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

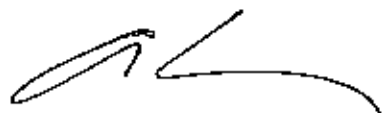
R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la providencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta providencia se notificará por ESTADO VIRTUAL elaborado por la Secretaría de esta Sala.

Los Magistrados,


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00226 -01.
Demandante: **MAURICIO PRIETO VERA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MAURICIO PRIETO VERA** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la “*nulidad*” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de

PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita el traslado de la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual junto con todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación; y que COLPENSIONES reciba los anteriores valores.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 81 a 97), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causa de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada o genérica.

Expuso que el demandante escogió por su propia voluntad el régimen al que quería estar afiliado; que éste no era beneficiario del régimen de transición, ni contaba con 15 años de cotización al 01 de abril de 1994, para poder retornar en cualquier momento; que el actor no hizo uso del derecho de retracto dentro de los cinco días siguientes a su afiliación; y que no contaba con una expectativa legítima que debiera ser objeto de protección al momento de efectuarse su traslado de régimen pensional.

Adujo que no se presenta un error de hecho, dado que el que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que no se hizo la solicitud de nulidad del traslado dentro del plazo contemplado para ello, ya que, el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C., es de cuatro años; que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1754 del C.C., como quiera que ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues el accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que en los casos decididos por la Corte Suprema de Justicia en los que se declaró la ineficacia de traslado, fue respecto de personas con régimen de transición o expectativas legítimas, sujetos a los que les resultaba gravoso su cambio de régimen pensional.

Indicó que la carga de la prueba le corresponde a la parte actora conforme al artículo 167 del C.G.P.; que la afiliación del demandante se presentó en el año 1998, por lo que ha dejado de cotizar al sistema por alrededor de 21 años, situación que afecta la sostenibilidad del sistema pensional; y que la decisión de declarar la ineficacia de traslado desvertebra la debida planeación en el pago de pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento del mismo.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 104 a 118), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por la

falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.

Indicó que todas las personas que han requerido su afiliación lo han hecho de forma libre y voluntaria; que lo anterior, quedó plasmado en el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994; que no puede hablarse de un error de hecho, como quiera que el actor conocía plenamente la especie u objeto del negocio; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que la entidad no ejerce fuerza o presión sobre una persona para que se afilie al fondo privado.

Expresó que sólo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 se estableció el deber de las administradoras de fondos de pensiones; que poner a disposición de los usuarios las herramientas financieras que permitan obtener una mayor comprensión nació con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; que sólo hasta la Circular 016 de 2016 surgió la obligación y para las administradoras de conservar soporte documental que den cuenta de la doble asesoría.

Manifestó que el demandante no hizo uso del derecho de retracto; que la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia; y que el plazo para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años conforme las voces del artículo 1750 del C.C.

Explicó que los consumidores financieros también tienen la obligación de informarse sobre los productos o servicios que adquieren, y revisar los términos y condiciones del respectivo contrato; y que la proyección pensional allegada por la parte

actora no constituye prueba, puesto que el perito no acredita sus conocimientos técnicos o jurídicos.

En último término, señaló que existe un aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, pues en caso de declararse la ineficacia de traslado, el accionante se verá beneficiado de un régimen al que no cotizó durante gran parte de su vida laboral; que conforme al artículo 1746 del C.C. opera el fenómeno de las restituciones mutuas, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del acto de traslado, pues en tal entendido el contrato no nació a la vida jurídica así como tampoco se debió administrar la cuenta de ahorro individual, de modo que, no puede desconocerse que se causaron intereses, frutos y mejoras, los que deben ser conservados al haberse logrado que se rentara el patrimonio de la afiliada; y que el valor correspondiente a seguro previsional para cubrir los siniestros de invalidez y sobrevivencia, fueron girados a la aseguradora, quien es un tercero de buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 24 de octubre de 1994.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. fondo al que se encuentra afiliado el actor a trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. devolver los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. a la suma de un S.M.L.M.V. como agencias en derecho.

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia los fondos privados refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia desde su fundación le correspondía a los fondos privados acreditar que cumplieron en debida forma con el deber de asesoría, brindando la correspondiente información clara y suficiente a los posibles afiliados de los efectos de su traslado; que en cumplimiento de tal deber de información, los fondos privados debían señalar ventajas y desventajas; y que el simple suministro de un formulario de afiliación es insuficiente para tener por demostrado el deber de información, pues a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.

Indicó que no se allegó ninguna prueba documental de la que se pueda determinar que la demandada acreditó que cumplió el deber de información para la fecha en que se efectuó el traslado del actor, esto es, para el 24 de octubre de 1994; y que no se aporta ni siquiera la hoja de vida para establecer si el asesor contaba con la experticia para brindar asesorías pensionales, así como tampoco capacitaciones.

Concluyó indicando que se deben devolver todos los valores que ingresaron al régimen de prima media, incluyendo cotizaciones, rendimientos, financieros y gastos de administración; que COLPENSIONES debe recibir tales valores; y que no opera la excepción de prescripción, ya que, la ineficacia de la afiliación persigue un derecho pensional, el que es de carácter imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PROTECCIÓN S.A.

Adujo frente a las comisiones de administración que este es un descuento que se encuentra debidamente autorizado en la ley, que esto opera para ambos regimenes, que fueron debidamente administrados los dineros que fueron aportados por el actor en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00226 -01.

Demandante: **MAURICIO PRIETO VERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

la cuenta de ahorro individual, que lo anterior se evidencia en los rendimientos, que lo único que es dable devolver son los aporte y rendimientos financieros, y que no se puede perder de vista que estamos frente a prestaciones acaecidas.

COLPENSIONES.

Indicó que el formulario de afiliación fue suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones; que el actor es plenamente valido; que la ineficacia del acto de afiliación se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción, ya que, se debió solicitar dentro de los cuatro años siguientes a su celebración, por lo que existe un saneamiento; que no debe olvidarse la afectación fiscal que genera la decisión de la A Quo; y que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el

día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 863 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió

esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 13 de enero de 1983 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el medio óptico de folio 102; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., el 24 de octubre de 1994 (fls.122 a 124) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 12 de febrero de 2019 ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por dichas entidades (fls. 3 a 8).

A folio 122 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 24 de octubre de 1994 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *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.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que éste se limitó a exponer que al momento de la afiliación únicamente le informaron acerca de la posibilidad de pensionarse con una edad anticipada en contraste con el régimen de prima media y que el I.S.S. se iba a acabar, que no recibió información de que sus aportes estarían destinados a una cuenta de ahorro individual ni sobre qué pasaría con su pensión en caso de muerte, así como tampoco la figura de la devolución de aportes, por lo que la información con la que contaba el accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para el declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio del representante legal de PROTECCIÓN S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera

alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

"La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que CONFIRMARÁ la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Mauricio Prieto Vera del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de PROTECCIÓN S.A. respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias,

útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de rendimientos al hacer parte de la cuenta de ahorro individual del actor, y los gastos de administración que se hubieren cobrado, pues al existir una

conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio.

Pese a lo anterior, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados; ello como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al

respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00226 -01.

Demandante: **MAURICIO PRIETO VERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, los correspondientes **gastos de administración debidamente indexados**, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

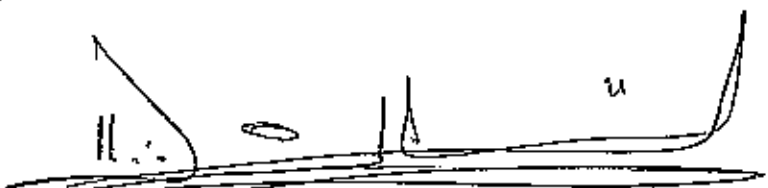
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY** promoviese contra **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

1. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la “nulidad” o ineficacia que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, solicita se declare que, para todos los efectos legales, que siempre ha permanecido

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

afiliado en el régimen de prima media, y por ende que, se ordene el traslado de sus aportes a COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 69 a 101), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que el accionante no es beneficiario del régimen de transición ni contaba con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, por lo que no puede retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010; y que el actor solicitó su retorno a COLPENSIONES cuando ya contaba con 58 años, por lo que se encontraba inmerso en la prohibición legal de trasladarse de que trata la Ley 797 de 2003, esto es, la imposibilidad de efectuar cambiar de régimen pensional cuando falten menos de diez años para cumplir la edad de pensión.

Indicó que no se presenta un error de hecho, dado que el que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que no se hizo la solicitud de nulidad del traslado dentro del plazo contemplado para ello, ya que, el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C., es de cuatro años; que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

C.C., como quiera que ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues el accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión; que en los casos en que se ha declarado la ineficacia del traslado por parte de la Corte Suprema de Justicia, los accionantes gozaban de una expectativa legítima de pensión que era objeto de una protección intermedia; y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Finalmente, explicó que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen; y que el declararse la ineficacia de traslado no sólo afecta la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la de los afiliados, ya que, se desvertebra la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema, desdibujándose totalmente el régimen de prima media.

Por su parte, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fls. 106 a 130) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, el actor se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de obligación alguna de Old Mutual para con el demandante, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor, prescripción, buena fe, y la genérica.

Indicó que el accionante se afilió de forma libre y voluntaria, lo que quedó materializado a través de la suscripción del formulario de afiliación, acto que por demás cumplió con todos los requisitos del Decreto 692 de 1994, y fue ratificado al efectuarse aportes a pensión por más de 18 años y llevarse a cabo traslados horizontales.

Explicó que el error de derecho no vicia el consentimiento; que no se presenta error de hecho, dado que el vicio que se alega no recae sobre la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, ya que, el actor sí pretendió afiliarse al fondo privado; que no es dable predicar una nulidad absoluta, como quiera que no se observa que se hubiere presentado un objeto o una causa ilícita, en la medida que la seguridad social es un servicio esencia que es lícito; que no se encuentra que se hubiere omitido algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos; que no existe nulidad relativa en el acto de afiliación, puesto que la incapacidad relativa y la lesión enorme no se encuentran demostradas, como quiera que, no existe prueba de que la demandante se encuentre en condición de incapacidad, y la lesión enorme únicamente se puede alegar frente a un contrato de compraventa; y que no obra prueba de dolo, así como tampoco que se hubiera desplegado una fuerza en el accionante que le hubiere generado temor o una impresión fuerte.

Manifestó que la asesoría se brindó de forma verbal; que al accionante se le capacitó en diversas ocasiones; que el actor no ejerció su derecho de retracto; que una eventual proyección de mesada pensional, no permite predicar diferencias entre los regímenes pensionales, por cuanto esta no es una situación jurídica consolidada ni un derecho adquirido a favor de quien la solicita; y que en cabeza del accionante también se encuentra el deber de observar con diligencia y cuidado la selección de su régimen pensional.

En último término, señaló que legalmente no es viable el traslado de régimen solicitado, como quiera que el demandante cuando solicitó su traslado, le faltaban menos de diez años para cumplir la edad de pensión; que no acredita 15 años de servicios al 01 de abril para poder retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a la sentencia SU-062 de 2010; que las sentencias invocadas de la Corte Suprema de Justicia no son iguales o similares al contexto del caso, ya que, el actor al momento de traslado, no contaba con una expectativa legítima; y que el plazo para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años, por lo que operó el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 167 a 177) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión; buena fe, traslado de la totalidad de los aportes a OLD MUTUAL; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; y la innominada o genérica.

Indicó que todas las personas que han requerido su afiliación lo han hecho de forma libre y voluntaria; que lo anterior, quedó plasmado en el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994; que la asesoría que le se brindó al accionante se realizó de conformidad con la normatividad y exigencias de la época; que al actor se le informó la posibilidad de optar por una pensión anticipada, siempre y cuando contara con un capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo, la figura de la pensión de garantía mínima, la posibilidad de obtener excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial del capital acumulado, así como las implicaciones que apareja el cambio de régimen pensional.

Manifestó que no es dable predicar un error, dado que al accionante se le brindó la información necesaria para que conociera las consecuencias que aparejaba el traslado de régimen pensional; que el actor conocía la especie u objeto del contrato, así como la calidad de este; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que la entidad jamás ejerce ni ha ejercido fuerza o presión para lograr la afiliación de una persona.

Señaló que sólo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, se estableció el deber de informar a los consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales; que la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, establecen el deber de poner a disposición de los usuarios herramientas financieras

que permitan obtener mayor comprensión sobre el régimen pensional seleccionado, y los efectos que acarrea su decisión de trasladarse o permanecer en uno o en otro régimen pensional; que hasta la Circular 016 de 2016 se exigió conservar soportes documentales que den cuenta de la doble asesoría; y que lo anterior, encuentra respaldo en Concepto 2015123910-002 de 2015, proferido por la Superintendencia Financiera.

Adujo que el demandante no hizo uso del derecho de retracto; que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establecía la posibilidad de trasladarse cada tres años, lo que se amplió con la Ley 797 de 2003, estableciéndose cinco años, sin que tales oportunidades fueran usadas por el accionante; y que éste tampoco hizo uso del año de gracia que estableció el Decreto 3800 de 2003 para retornar al régimen de prima media.

Expuso que la variación del monto no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia; y que para solicitar la rescisión de un contrato se cuenta con cuatro años.

En último término, explicó que también es deber de los consumidores financieros informarse sobre los productos o servicios que se pretenden adquirir, así como revisar los términos y condiciones de los respectivos contratos; y que la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 07 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuada por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 30 de septiembre de 1994, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A., fondo al que se encuentra afiliado el actor, a trasladar a COLPENSIONES- los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos, financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A. a remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas, OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A. a la suma de \$1'000.000 a cargo de cada una.

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia desde su fundación le correspondía a los fondos privados acreditar que cumplieron en debida forma con el deber de asesoría, brindando la correspondiente información clara y suficiente a los posibles afiliados de los efectos de su traslado; que en cumplimiento de tal deber de información, los fondos privados debían señalar ventajas y desventajas; y que el simple suministro de un formulario de afiliación es insuficiente para tener por demostrado el deber de información.

Indicó que no se allegó ninguna prueba documental de la que se pueda determinar que la demandada acreditó que cumplió el deber de información para la fecha en que se efectuó el traslado del actor, esto es, para el 30 de septiembre de 1994; que si bien en el interrogatorio de parte se establece que el actor tuvo una reasesoría el 09 de enero de 2013, se advierte que el 24 del mismo mes y año, iba a cumplir la edad de 52 años, por lo que apenas contaba con 15 días para determinar qué hacer con su situación pensional, por demás que para tal fecha apenas existía una expectativa de lo que podía ser el funcionamiento de Colpensiones; y que el demandante al momento de trasladarse a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. no podía migrar al régimen de prima media, ya que, para tal fecha contaba con 54 años, por lo que estaba inmersa en la prohibición legal de traslado por faltarle menos de diez para cumplir la edad pensional; y que no se allegó la hoja de vida del asesor, sus capacitaciones, así como tampoco obra política clara de la forma como se efectúan los traslados de regímenes de PROTECCIÓN S.A.

Concluyó indicando que se deben devolver todos los valores que ingresaron al régimen de prima media, incluyendo cotizaciones, rendimientos, financieros y gastos de administración; que COLPENSIONES debe recibir tales valores; y que no opera la excepción de prescripción, ya que, la ineficacia de

la afiliación persigue un derecho pensional, el que es de carácter imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PROTECCIÓN S.A.

Adujo en lo referente a trasladar los gastos de administración, que este valor así como los seguros previsionales, se pueden deducir de los aportes de los afiliados con fundamento en la Ley 100 de 1993; que el porcentaje a deducir es un 3%, y que dicha deducción se puede realizar en ambos regímenes pensionales; que está demostrado que los aportes de la accionante generaron ganancias, por lo que estos fueron debidamente administrados; que tales valores no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, por lo que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; que el artículo 1746 del C.C. establece los efectos de la declaratoria de nulidad, esto es, que las partes tienen la posibilidad de que se les restituyan las cosas al estado inicial como si no hubiera existido el acto declarado nulo, debiendo en consecuencia, existir restituciones mutuas de los frutos y mejoras, de manera que si nunca se debió descontar la comisión por gastos de administración, tampoco se debieron generar rendimientos; que la prima de seguro previsional ya fue girada, para que en caso de existir un siniestro tuviera cobertura la invalidez o muerte del accionante; que los terceros de buena fe no se pueden ver afectados por un error no reconocible o una situación que surge pese a que se obra con cuidado o previsión; que de admitirse la condena por gastos de administración y prima de seguro previsional, se estaría frente a una condena por concepto de perjuicios, los que no están acreditados; y que sobre la prima previsional y gastos de administración opera la excepción de prescripción, pues se pueden extinguir por el transcurso del tiempo.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Señala que es la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, la que establece un porcentaje a descontar del aporte del afiliado destinado a

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

gastos de administración, una prima de reaseguro de FOGAFIN, y unas primas de seguros de invalidez y sobrevivientes; que con tales descuentos se genera unas obligaciones a cargo de los fondos privados, consistentes en administrar los aportes a pensión, garantizar una rentabilidad mínima, y financiar una pensión de invalidez y de sobrevivientes en caso que se presenten tales siniestros; que si bien la consecuencia de que no se suministre información en debida forma es la ineficacia de traslado, corresponde al juez realizar una ponderación objetiva en cuanto a la buena fe y las restituciones mutuas que tengan que realizar las administradoras de pensiones; que la comisión de administración no está dirigida a la cuenta de ahorro individual, por lo que, devolverlos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, pues éste no realizó ninguna gestión para lograrlos; que quedó acreditado que el fondo generó rendimientos legales, de manera que no resulta razonable devolver los gastos de administración, cuando cumplió sus obligaciones y ejecutó las mismas, en el marco de la buena fe; y que con la afiliación del demandante no se generó ningún tipo de perjuicio, ya que, se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado al faltarle menos de diez años para cumplir la edad de pensión.

COLPENSIONES.

Indicó que el demandante se encuentra inmerso dentro de una prohibición legal de traslado; que los términos de traslado tienen como fin evitar la descapitalización del sistema pensional; y que el régimen de prima media funciona de forma solidaria, por lo que, el actor al trasladarse en 1994 no aportó a tal sistema, lo que genera un desequilibrio económico, pues los aportes y rendimientos no alcanzan para subsidiar la prestación de vejez.

Adujo que si bien le correspondía a los fondos privados acreditar que cumplieron con su deber de información, no se puede pasar por alto que cada caso es particular, y que en la década de los 90's los fondos privados eran una forma novedosa de pensionarse, por lo que exigir deberes tan rigurosos es atemporal; que para la época del traslado era imposible conocer el valor de la mesada pensional; que no se comparte la tesis del despacho de establecer que el accionante únicamente tuvo 15 días para retornar al

régimen de prima media, ya que, para esa época se sabían cuáles serían sus condiciones pensionales; y que si se considera necesario oficiar a PROTECCIÓN S.A. para que allegue las capacitaciones de los asesores, podría decretarse tales pruebas oficiosamente, pues lo que se busca establecer es la verdad real más allá de la procesal.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el

demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SOLICITUD PRUEBA.

Previo a proferir la sentencia que en derecho corresponda, se hace necesario advertir que el apoderado de COLPENSIONES solicitó que se decretara como pruebas de oficio las capacitaciones de los asesores de PROTECCIÓN S.A.

Al respecto, es menester rememorar que la oficiosidad ha sido establecida como facultad, consecuente con la búsqueda de la verdad real por encima de la verdad formal, la cual es ejercida por el Juez como supremo director del proceso y, en consecuencia, según su criterio y sin romper el equilibrio procesal, es decir, sin tratar de subsanar la inercia o las deficiencias probatorias en las que hayan podido incurrir cualquiera de las partes, puede decretar la práctica de los medios de prueba que considere indispensables para alcanzar la verdad real de los hechos sujetos a su decisión, o de insistir en aquellas que por culpa atribuible a un tercero no se llegaren a practicar, resultando éstas necesarias, ineludibles e imperiosas para decidir la cuestión litigiosa.

Por su parte, el artículo 83 del C.P.T y de la S.S., establece que es posible decretar pruebas en segunda instancia, así: **(i)** a petición de la parte interesada, cuando en la primera instancia se dejaron de practicar sin su responsabilidad y habían sido decretadas, y **(ii)** las demás que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta; normativa que puede armonizarse con lo previsto en el artículo 54 *ejusdem*, que faculta el decreto de pruebas de oficio para el completo esclarecimiento de los hechos, recuérdese que la legislación procesal del trabajo confiere amplias facultades a los jueces de instancia para decretar pruebas de oficio y esclarecer la verdad en el proceso, siempre que se cumplan a cabalidad los principios de publicidad y contradicción, tal y como se advirtió por parte de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL847-2021.**

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

En relación con el decreto de pruebas de oficio en segunda instancia, la H. Corte en sentencia **SL392-2019**, explicó:

“Pues bien, lo primero que hay que decir, es que el artículo 83 del CPTSS, establece que el juez colegiado debe ordenar la práctica de “las pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta”, como expresamente reza tal precepto, ello en concordancia con el 54 del mismo estatuto procesal, lo cual ha sido aceptado por parte de esta Corte (ver sentencias CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 29328 y CSL SL, 21 abr. 2005, rad. 24.974), siendo precisamente lo que hizo uso el Tribunal cuando mediante proveído del 9 de abril de 2013, dispuso que se practicara nuevo dictamen médico a la accionante, teniendo en cuenta para ello la historia clínica completa (f. 480 cuaderno principal); luego, desde ese punto de vista jurídico, no hubo transgresión a las normas procedimentales, pues no puede olvidarse que el juez laboral debe ser garante de los derechos fundamentales, adoptando para ello las medidas que considere pertinentes (art. 48 CPTSS), en procura de la prevalencia del derecho sustancial, y como en el sub examine se discute el acceso a la pensión de sobrevivencia en razón de la invalidez de la hija del causante, debe buscarse la efectivización del mismo”.

Lo anterior, si además se tiene en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial que en últimas no es otra cosa que el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a las partes, el cual no puede verse sacrificado para garantizar los principios de economía y celeridad procesal que, si bien revisten importancia, se encuentran en una escala inferior.

Sentadas las anteriores premisas, y evaluado el acervo probatorio, considera la Sala que con la prueba documental allegada es posible tomar una decisión de fondo sin afectar los derechos fundamentales de las partes, especialmente porque observa la Sala que no se acreditan los presupuestos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S. para decretar pruebas en segunda instancia, pues no es posible desconocer que si se dejaron de practicar las pruebas que son requeridas en esta instancia, ello fue por responsabilidad exclusiva de la pasiva.

En efecto, en la contestación de la demanda no se enlistó como prueba las capacitaciones de los asesores comerciales, ni de la persona que brindó asesoría al accionante. Igualmente, al momento de decretarse las pruebas no se efectuó solicitud alguna sobre el tópico, y sólo se puso de presente que la administradora de fondo de pensiones contaba con tal documental cuando la representante legal estaba rindiendo interrogatorio de parte, no

accediéndose a su decreto por parte de la A Quo sin que ello fuera objeto de recurso alguno.

Por tanto, no se ACCEDERÁ a la solicitud de decretar la prueba solicitada por parte de COLPENSIONES.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar

a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a proporcionar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

"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

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavors de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,
la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)"

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 12 de junio de 1955 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el medio óptico de folio 68; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., el 30 de septiembre de 1994 (fl.185); **iii)** Posteriormente se afilió a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.) el 20 de mayo de 2015 (fl.131); y iv) Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 12 y 13 de abril, y el 08 de mayo de 2018, ante OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 5 a 7, 18 a 36).

A folio 185 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 30 de septiembre de 1994 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *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.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que éste se limitó a exponer que al momento de la afiliación no recibió ningún tipo de información por parte de un asesor del fondo privado, y que el Gerente de la empresa donde trabajaba le aconsejó su traslado porque estos fondos eran muy buenos y existía incertidumbre de lo que podría pasar con el I.S.S., por lo que información con la que contaba el accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, considera la Sala necesario aclarar que la reasesoría brindada por PROTECCIÓN S.A. a finales de 2012 o principio de 2013 a que alusión el accionante en su interrogatorio de parte, tampoco cumplió con los presupuestos hasta aquí mencionados para tener por informado en debida forma al actor; en efecto, el demandante señaló que el asesor que le brindó la correspondiente asesoría y le efectuó una proyección pensional, lo persuadió, pues le manifestó que pese a los resultados arrojados, en la que la mesada de COLPENSIONES resultaba mejor, lo convenció de que la rentabilidad con el fondo privado sería mayor en diez años, y que COLPENSIONES sería una entidad sin viabilidad económica. Aunado a ello, el accionante informó que dicha reasesoría no se le informó de la posibilidad de retornar al régimen de prima media, y no existe prueba de la que se logre desprender que al demandante se le informó acerca de la prohibición legal de retornar a COLPENSIONES cuando le faltaren menos de diez años para cumplir la edad de pensión.

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio de la representante legal de PROTECCIÓN S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las

simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del 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

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que CONFIRMARÁ la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Leonardo Ramírez Echeverry del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de las demandadas apelantes respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas o gastos de administración y seguros previsionales que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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,

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

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.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de gastos de administración y seguros previsionales que se hubieren cobrado, ya que al existir una conducta indebida de la administradora esta debe asumir a cargo de su propio patrimonio, tales rubros.

Pese a lo anterior, se **MODIFICARÁ** el numeral tercero de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados; ello como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de inejecución del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, “la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A. y a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., deben trasladar a COLPENSIONES, los correspondientes **gastos de administración debidamente indexados**, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00291 -01

Demandante: **LEONARDO RAMÍREZ ECHEVERRY.**

Demandado: **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

I. AUTO

RECONOCER personería jurídica a la doctora BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, identificada con C.C. No. 1.121.914.728 y T.P. No. 288.455 del C.S. de la J., como apoderada de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 00788 del 6 de abril del 2021.

II. SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL CARMEN CAMELO GÓMEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

III. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. y como consecuencia de ello se ordene su retorno al régimen de prima media.

Por lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. enviar a Colpensiones el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual, a reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración y a Colpensiones a aceptar el retorno de la accionante.

Así mismo, solicita se condene a Porvenir al pago de 50 salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculada al régimen de prima media, hasta el 16 de junio de 1999, días en que suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A.; 2) Los asesores de Porvenir S.A. la indujeron de manera equívoca a vincularse al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS); 3) El asesor de la AFP le dijo que, al trasladarse, no perdía los beneficios pensionales del régimen de prima media (en adelante RPM); 4) Desde la fecha de la afiliación ha estado gestionando ante Porvenir S.A. el traslado al RPM; 5) Se le indujo de manera inapropiada a vincularse al RAIS, sin que exista manifestación por escrito; 6) Los asesores de Porvenir S.A. nunca le indicaron los riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS, tampoco le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva, y tampoco información consistente, veraz y objetivamente verificable, tampoco le realizaron una simulación o comparación del valor de las mesadas pensionales en los dos regímenes; 7) El ISS no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP y tampoco procuró darle una información; 8) Nunca le informó por escrito a la empresa donde trabajaba que se había trasladado al RAIS; 9) Presentó a Porvenir S.A. comunicación escrita en la que constaba la selección de dicho régimen, sin embargo, esta no fue de manera libre, espontánea y sin presiones, pues fue realizada bajo la instrucción precisa del asesor de Porvenir S.A. y bajo las presiones causadas por la desinformación ocasionada por el fondo y su vendedor; 10) Desde hace más de 4 años ha estado procurando gestionar ante Porvenir S.A. el traslado al RPM; 11) Por medio de su apoderado presentó solicitud de desvinculación ante Porvenir S.A. el 24 de julio de 2018, la cual fue respondida de manera negativa el 26 del mismo mes y año; 12) El 6 de julio

de 2018 solicitó ante Colpensiones la afiliación al RPM, petición que fue negada en la misma data.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 39-60) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

Adujo que Colpensiones debe someterse a lo ordenado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 130 de 2013 y el caso de traslado de un afiliado del RAIS al RPM solo procederá su regreso en cualquier tiempo, siempre y cuando tenga 15 años de servicios, que no son otros que 750 semanas al 1° de abril de 1994, por ello, como quiera que la actora no acreditó la densidad de semanas efectivamente cotizadas al sistema, deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada.

Indicó que lo que pretende la accionante es la nulidad del traslado, siendo aplicable el artículo 1509 del Código Civil, pues en el negocio jurídico se generaron obligaciones recíprocas, dentro de las cuales estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias del traslado de régimen, en tanto estos, se encuentran regulados en la legislación colombiana y son de público conocimiento, no existiendo así vicios en el consentimiento que puedan fundamentar la declaración de nulidad.

Expuso que la afiliación de la demandante a Porvenir S.A. cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho fondo de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que al suscribir dichos formularios entre las partes se presenta un negocio jurídico que origina obligaciones recíprocas, estando la demandante en la obligación de informarse de las consecuencias del traslado y siendo una información pública, la misma no se hizo, razón por la cual se está en presencia de un error de derecho, que en los términos de artículo 1509 del Código Civil no vicia el consentimiento.

PORVENIR S.A. (fl. 106) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción,

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

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Expuso que el hecho de que esa AFP tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que la demandante, por su cuenta, no haya decidido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, máxime cuando todo consumidor financiero debe actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, por lo que el deber de información también le era exigible a la actora.

Indicó que, como todo acto jurídico, el traslado de régimen pensional puede adolecer de algunas deficiencias, pero no todas ellas conducen necesariamente a la ineficacia o pérdida de efectos del acto, y en el caso de que la presunta falta de información, como una situación que pudo afectar el consentimiento, solamente podría generar, a lo sumo, una nulidad relativa en los términos del artículo 1741 del Código Civil, que solo da derecho a la rescisión del acto o contrato, pero no genera forzosamente la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

2. SENTENCIA APELADA

El **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

"Primero: Declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante María del Carmen Camelo Gómez al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada Sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

Segundo: Condenar a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver o trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante María del Carmen Camelo Gómez, como cotizaciones, 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 del traslado de régimen pensional.

Tercero: Declarar que la demandante María del Carmen Camelo Gómez para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por las razones expuestas.

Cuarto: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (...)”

El *a quo*, señaló, que los afiliados al sistema tienen derecho a la libre escogencia de régimen tal y como lo estipula el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y por esa libertad es fundamental el consentimiento informado que debe de asistir al usuario de la seguridad social en caso de que el mismo se vea truncado por su inexistencia o por la existencia de un vicio o de la indebida información, lo que hará susceptible de declarar la ineficacia de tal escogencia.

Expuso que, conforme lo dispone el artículo 1604 del Código Civil la prueba de la diligencia o cuidado del contrato incumbe al que ha debido emplearlo, por lo tanto, para el despacho el deber de información está a cargo de las AFP, de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional.

Indicó que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha identificado unas reglas en el sentido que las AFP deben suministrar al afiliado una información, clara, cierta, comprensible y oportuna frente a las características, condiciones, beneficios, diferencias y riesgos de este cambio de régimen, estableciendo que en estos casos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, además, que es procedente declarar la ineficacia si se tiene o no un derecho consolidado o si se está o no frente al beneficio de la transición o si se está próximo a pensionarse, máxime cuando desde la Ley 100 de 1993 existía una obligación de brindar una información clara, precisa y suficiente de estas características y

condiciones para que la persona hubiese podido tomar una decisión informada.

Precisó que esa falta de información, recaerá sobre una ineficacia y no sobre una nulidad, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 de la misma norma.

Para el caso concreto, expone que la demandante se encuentra como beneficiaria del régimen de transición en su momento, razón por la cual se debe verificar una mayor información respecto a ese punto; indicó que Porvenir S.A. no allegó prueba con el propósito de acreditar que en este caso particular le suministró a la actora información relevante que llevó consigo la migración de régimen pensional, pues, frente a la forma en que se da la vinculación al RAIS, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, le correspondía a la AFP demostrar que existió la explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen y ello no se cumplió, pues lo único allegado por tal entidad fueron documentales que dan fe de la afiliación, como es el formulario de afiliación, la cual, si bien es prueba, es insuficiente para cumplir con la carga probatoria, pues para la fecha del traslado estaba en vigencia el Decreto 663 de 1993, el cual indica que las entidades de carácter financiero de interés público como las AFP deben prestar la debida diligencia en la prestación de los servicios y en la celebración de las operaciones propias de su objeto y abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato y dar lugar al abuso de la posición dominante y en tal sentido el *a quo* consideró que no se trataba únicamente de suscribir el formulario de afiliación ni adherirse a la cláusula genérica, sino de haber tenido elementos de juicio suficientes para tomar la decisión debidamente informada y no se demostró que el fondo de pensiones se hubiera ocupado en brindar la información o asesoría directa a la demandante en forma idónea de lo que para ella traería como consecuencia el traslado de régimen, lo que significa que la AFP no obró en consonancia con el principio de eficiencia que informa la seguridad social al tenor del literal a) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

3. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó, que el traslado de la demandante cumplió con los requisitos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues se le entregó la información del régimen en los diferentes momentos, y ello no es solo de tipo verbal en una reunión que confiesa haber tenido en su oficina en la Gobernación, sino también en el formulario que es aprobado por la Superintendencia Financiera y así lo establece el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, recordó que la AFP ha hecho campañas masivas para el consumidor financiero y

con el interrogatorio se evidencia un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, razón por la que no se puede ver beneficiada de su propia culpa o negligencia.

Mencionó que las condiciones del RAIS se encuentran dentro de la Ley 100 de 1993, por lo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Frente a los gastos de administración, expuso que estos son descuentos establecidos por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el que se destina un porcentaje de los aportes a los fondos de pensión mínima y los gastos de administración se han venido cobrando por la cobertura y como la ineficacia lo que busca es retrotraer todo, es claro que la demandante no puede devolver y no se ordenó tampoco devolver los rendimientos generados, cuando ese trabajo fue realizado por esa entidad y a su vez tampoco se está ordenando devolver lo que otorgan esos seguros y hay una imposibilidad de devolverlos, por lo que debe aplicarse el artículo 1746 del CC frente a las restituciones mutuas cuando se da la ineficacia de un negocio jurídico, porque de no hacerlo se está auspicando el enriquecimiento sin justa causa pues alguien se beneficia del trabajo de otro sin haberlo pagado.

Concluyó diciendo que debe analizarse el principio de sostenibilidad financiera del sistema, como lo ha dicho el Tribunal Superior de Medellín en Sala Extraordinaria de 14-08-2019, donde, de acuerdo con el artículo 35 del CGP, decidió unificar jurisprudencia dentro del proceso 7 del 2015 rad. 129501, negando las ineficacias del traslado por razón del principio de sostenibilidad financiera del sistema de personas ya pensionadas y se debe analizar y se ordena el traslado de una persona que no cumple con los requisitos de la Ley 100 de 1993 si se está trasladando con posterioridad de los 10 años.

COLPENSIONES

Expuso que no hay argumentos que sustenten la existencia de vicios del consentimiento o dolo, pues no hay una expectativa legítima para la demandante, como quiera que al momento del traslado no contaba con 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez.

Hizo referencia a la sentencia 2016008701 del 17-01-2017 del Tribunal de Pereira, en donde se dijo que la simple inconformidad del valor de la pensión a recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba que cuando el actor realizó la afiliación lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, y teniendo en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que su intención es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional del RAIS y no se logró demostrar una afirmación equivocada por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año 1999 estos solo tenían la obligación de

brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado y por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que hubo fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide cotizar al RAIS de manera libre y voluntaria.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las demandadas, quienes reiteraron lo expuesto en las contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial

usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba,

los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el

formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado⁸.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar

decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las

connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) En cuanto a la posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

V. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES en el mes de febrero de 1996 (fl. 58-60 y 106); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 16/06/1999 a través de la A.F.P PORVENIR S.A. (fl. 52 cd fl 106); y **iii)** que los días 6 y 24 de julio de 2018 (fl 18 y 25) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 52 del disco compacto obrante a folio 106 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de junio de 1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“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

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

"La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por Colpensiones al sustentar su recurso.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en

el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido durante todo el tiempo que la accionante permaneció en dicho régimen.

En cuanto al argumento expuesto por **COLPENSIONES** en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y descapitalización del fondo común, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por las demandadas apelantes referente a que la demandante tenía la obligación de conocer e informarse en virtud del deber de diligencia en sus negocios y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible

someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A,** a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310502320190003501

Demandante: **MARÍA DEL CARMEN CAMELO GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310502420190046401

Demandante: **CLAUDIA CELINA RODRÍGUEZ TORRES**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS, identificada con C.C. No. 52.454.425 y T.P. No. 121.126 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado con C.C. No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferido.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

II. SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 14

de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que CLAUDIA CELINA RODRÍGUEZ TORRES promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS) a través de Porvenir S.A. para el mes de febrero de 2000.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc., y a esta última a registrar y activar la afiliación y a actualizar la historia laboral de la actora.

Finalmente, solicita se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la demandante, a partir del 1° de febrero del 2019.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 11 de enero de 1962; 2) Laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad Nacional desde el 05-09-1988 al 15-07-1992 y para la Fiscalía General de la Nación del 16-07-1992 al 01-11-1996, tiempos que fueron cotizados a Cajanal; 3) Laboró para la Procuraduría General de la Nación desde el 01-03-1997 hasta el 31-01-2000; 4) Cotizó al ISS y a Cajanal un total de 453.61 semanas; 5) El 18-01-2000 se afilió a Porvenir S.A. a efectos de vincularse al RAIS; 6) Porvenir S.A. no le informó las implicaciones de trasladarse de régimen, la naturaleza propia de este régimen de capitalización, no brindó información acerca de las desventajas de afiliarse al RAIS y tampoco no ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional; 7) Porvenir S.A. conocía el número de semanas cotizadas y el salario promedio de cotización; 8) Durante la permanencia en el RAIS nunca recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las distintas alternativas para la elección de su régimen pensional; 9) El 20 de diciembre de 2018 solicitó ante Porvenir S.A. la anulación de su afiliación; 10) El 21 de diciembre de 2018 radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad y activación de la afiliación al régimen de prima media (en adelante RPM); 11) El 22 de abril

de 2019 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones; 12) Porvenir S.A., mediante oficio del 04-01-2019 manifestó que no es procedente la anulación de la afiliación; 13) Colpensiones, mediante oficio del 08-01-2019 manifestó que no era procedente anular la afiliación; 14) Mediante oficio del 22-04-2019 Colpensiones manifestó que no era procedente reconocer la pensión de vejez; 15) A la fecha cuenta con más de 1.373 semanas.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR, (fls. 113-146) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

En resumen, adujo, que la parte demandante debió acreditar cualquiera de las eventualidades que establece de manera expresa el artículo 1741 del Código Civil, esto es que el acto contenía un objeto o causa ilícita, que la afiliada era una incapaz absoluta al realizar el traslado de régimen, por cuanto en los demás casos la eventual irregularidad sería de las denominadas relativas.

Mencionó que, en este caso no se encuentran acreditados los requisitos de hecho que exige el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para su aplicación, por lo que cualquier solicitud relativa a verificar la existencia de vicios de la voluntad, como los que se alegan en la demanda, debe entenderse como una nulidad relativa respecto de la cual operan las condiciones de ratificación del acto jurídico.

Indicó que la actora suscribió solicitudes de vinculación (documentos públicos), en los que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documentos que se presumen auténticos en los términos de los artículos 242 y 244 del CGP y 54A del CPTSS.

Refirió que en el presente asunto no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba alguno de los elementos esenciales de este acto jurídico y tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues no se acreditó que para ese momento la afiliada fuera una incapaz absoluta, y si en gracia de discusión se hubiese presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de las catalogadas por la ley como nulidades

relativas, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo.

Adujo que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen pensional se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, conforme lo exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la actora quien se presume como una persona capaz para obligarse, máxime cuando, de declararse la nulidad o ineficacia del traslado se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que cuenta la demandante.

Expuso que existe una presunción legal de buena fe con la que actuó Porvenir S.A. desde el mismo momento de la afiliación válida y legítima de la demandante al RAIS.

Concluyó diciendo que, a la fecha en que la demandante se afilió voluntariamente al RAIS, no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado, de manera que no existía razón jurídica ni fáctica para que Porvenir S.A. le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de régimen.

COLPENSIONES, (fls. 148-168) se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 Constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica.

Adujo que la demandante nació el 11 de enero de 1962 y cuenta con 57 años de edad y por ello, se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y por ello no puede regresar al RPM.

Indicó que Colpensiones debe someterse a lo ordenado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 130 de 2013 y el caso de traslado de un afiliado del RAIS al RPM solo procederá su regreso en cualquier tiempo, siempre y cuando tenga 15 años de servicios, que no son otros que 750 semanas al 1° de abril de 1994, por ello, como quiera que la actora no acreditó la densidad de semanas efectivamente cotizadas al sistema, deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada, máxime cuando la accionante, para el 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y menos de 750 semanas de cotización, no siendo beneficiaria del régimen de transición.

Expuso que, de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y la consecuente nulidad del traslado, no puede endilgarse responsabilidad derivada del actuar pacífico de Colpensiones en el traslado efectuado por la actora y las consecuencias negativas de su nulidad que, por demás resultan gravosas a esa entidad de cara a la sostenibilidad del sistema financiero.

Finalmente, y sin que ello indique allanamiento a las pretensiones, menciona que, de encontrarse fundada la solicitud de nulidad y/o ineficacia, habrá de garantizarse la devolución de la totalidad de los aportes efectuados para el financiamiento de las pensiones.

2. SENTENCIA APELADA

La A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“Primero: Declarar la ineficacia de la afiliación que hizo la señora Claudia Celina Rodríguez Torres, identificada con la CC No. 51.667.279 a la AFP Porvenir S.A. en enero de 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

Segundo: Declarar que para todos los efectos legales la señora Claudia Celina Rodríguez Torres, identificada con la CC No. 51.667.279 nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, representada hoy en día por Colpensiones.

Tercero: Ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Claudia Celina Rodríguez Torres, identificada con la CC No. 51.667.279, como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar lo que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a recibir a la señora Claudia Celina Rodríguez Torres, identificada con la CC No. 51.667.279 como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Quinto: Declarar que la señora Claudia Celina Rodríguez Torres, identificada con la CC No. 51.667.279 tiene derecho al reconocimiento

de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Sexto: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a partir de que se acredite la desvinculación del sistema general de seguridad social, liquidando el IBL como lo indican los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

Séptimo: Declarar no probada la excepción de prescripción. (...)”

La *a quo*, indicó que las administradoras de pensiones tienen el deber de información frente a sus futuros afiliados al momento en que un afiliado, asegurado o trabajador se vincule a un régimen pensional o efectúe el traslado entre uno y otro, lo que significa que la ausencia de información total o parcial permite invalidar la afiliación, adicionalmente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la carga de la prueba contemplada en el artículo 167 del CGP se encuentra en cabeza de las AFP del RAIS.

Frente al caso concreto indicó que la demandante se vinculó al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 18 de enero del 2000, por tanto, ese fondo tenía la obligación, adoctrinada por la jurisprudencia, de brindar la información objetiva, clara y transparente sobre las características del RPM y el RAIS, explicándole como mínimo las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como sus efectos y consecuencias de la decisión de traslado que estaba tomando.

Expuso que Porvenir S.A. incumplió con la carga de la prueba que le correspondía, pues no aportó elementos probatorios que dieran fe que al momento en que la demandante se afilió al RAIS a través de esa entidad, se le explicaran las características de cada régimen pensional, resultando insuficiente la suscripción del formulario de afiliación, adicionalmente, que no se acreditó que dicha AFP cumpliera con el deber de información para que la demandante tomara de manera libre y voluntaria la decisión que consideraba más favorable a sus intereses y asumiera las consecuencias que de ello se deriva, máxime cuando en estos casos opera la inversión de la carga de la prueba y si la cotizante alegó que no recibió la información debida cuando se afilió, al ser esto un supuesto negativo, no puede demostrarse por quien lo invoca.

Advirtió que, pese a que en el proceso se solicitó la nulidad de la afiliación, de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia como la 1421 y 1688 del 219, en caso que las administradoras incumplan con el deber de brindar información al momento de la afiliación, lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación del asegurado y no la nulidad sustancial de la misma, por ello, el afiliado no debe demostrar la

existencia de vicios del consentimiento y al abordarse desde la institución de la ineficacia, implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica que la demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre estuvo afiliada al RPM.

Indico que Porvenir S.A. debe trasladar, además, lo deducido por concepto de gastos de administración, los que debe asumir con su propio patrimonio, tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en decisiones como la 1688 del 2019.

Respecto de la petición de ordenar el pago de la pensión de vejez de la accionante, procedió a realizar el estudio de los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a ello, lo que se encuentra demostrado pues la demandante ya cumplió los 57 años y, conforme la historia laboral allegada al plenario se tiene que a enero de 2019 ha cotizado 1503 semanas, cumpliendo con los requisitos para acceder a la pensión, sin embargo, no hay certeza de la fecha de desafiliación al sistema de la demandante, por lo que Colpensiones habrá de reconocer la pensión de vejez cuando haya recibido el traslado de dineros ordenado en la presente.

3. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Reiteró que la información brindada a la demandante para el año 2000 fue una información clara, completa y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, también indicó que la accionante ha estado válidamente afiliada con Porvenir S.A., no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco realizó ningún trámite para retornar a Colpensiones, sin embargo, el fallo de primera instancia declaró una ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que establece la ineficacia cuando existen actos que contienen conductas dolosas, las cuales no fueron demostradas en el proceso.

Indicó que el formulario de afiliación no puede verse como un simple formato, ya que es un acto de cumplimiento de la Ley 100 de 1993, recordando, que en su artículo 114 indica que cuando se genere un traslado de régimen se debe hacer por escrito y debe constar que se hizo de forma libre y voluntaria, tal cual lo hizo Porvenir S.A., adicionalmente, la sentencia de primer grado no aclaró o manifestó cual es la prueba que se les exige a las administradoras para aprobar que efectivamente se brindó una información, pues para el año 2000 la afiliación se realizaba de forma verbal, por lo tanto, no es posible traer a juicio documentos adicionales que no existían para la época, imponiendo a la entidad cargas

imposibles de general como lo es la prueba adicional al formulario de afiliación.

Expuso que a la parte demandante no se impone ninguna carga procesal, simplemente se cuenta con su dicho, de que no recibió información, cuando el artículo 167 del CGP indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que se alega, pero en este caso ello no sucedió, pues no obra prueba de la supuesta falta o perjuicio que le ocasionó Porvenir S.A. al momento de la afiliación a la demandante.

Adujo que debe tenerse en cuenta el principio de estabilidad financiera y la no descapitalización del RAIS, por lo que no es dable que la demandante se escude en una supuesta falta de información, simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, especialmente cuando la demandante, aparte de ser abogada, es consumidora financiera por lo que tiene una serie de deberes como el de informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación e información que brinda la AFP, emplear una adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones.

Argumentó que, al revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, se valió con el interrogatorio de parte que la demandante ni siquiera leyó dicho documento, siendo esto una negligencia que no puede ser endilgada a Porvenir S.A., además no se tuvo en cuenta que en la mencionada diligencia la demandante confiesa cuales son los requisitos para pensionarse en el RPM para el año 2000 y también manifestó que conocía, para ese año, que ese dinero que ahorra se iba para una bolsa de dinero, por ello, si conocía los requisitos de un régimen y la diferencia con el otro, conocía que podía pensionarse de manera anticipada y que lo podía hacer con el monto que ella quisiera, características únicas del RAIS y las demás se encuentran en la Ley 100 de 1993, por lo que, al ser la demandante abogada, debió leer dicha norma, sin que sea una excusa que esta no es su especialidad, pues todos los abogados deben conocer la ley.

Frente a las condenas por gastos de administración, desconoce el fallo de primera instancia, que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% de cotización para financiar los gastos de administración, de pensión de invalidez y sobrevivencia, y es que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, es decir, este dinero no es un emolumento que financie la pensión, por lo que, generar un traslado de esos dineros genera un enriquecimiento sin justa causa a Colpensiones.

Adicionalmente, dijo, aunque se declaró no probada la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que la misma no cubre dicho

emolumento, además, en ningún momento se habla de los gastos de administración ni de la prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora ya cumplió un deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, entonces se pasa por encima de la norma con una indicación que no deben retornarse cuando Porvenir S.A., durante 20 años actuó de buena fe, generó unos rendimientos y en este caso solo hay una devolución para esta entidad, pero no a su favor.

COLPENSIONES

Argumentó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y Porvenir S.A. y, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos interpartes, independientemente de la decisión adoptada en razón a la declaratoria de ineficacia del traslado, Colpensiones no puede perjudicarse por la misma.

Solicita no se condene a esta entidad a recibir a la actora como afiliada al RPM, pues con esta decisión y la consecuencial declaratoria de la inexistencia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, como la sostenibilidad financiera, el cual se encuentra establecido en el artículo 48 de la Constitución, ya que debe tenerse en cuenta el impacto en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectado de manera excesiva con este tipo de procesos.

Pidió que se estudie el escenario en el cual la AFP supuestamente faltó a un deber legal de información, pero en el cual, Colpensiones no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico, pese a lo cual hay consecuencias para esta entidad como es el reintegro de la actora, además, el futuro de un reconocimiento de un derecho pensional genera un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y la reserva presupuestal que se destina para tal fin, especialmente cuando recibir a la actora después de 20 años, significa que se tuvo en cuenta para todas las reservas y cálculos financieros.

Finalmente, en caso de que se confirme el retorno de la actora al RPM, solicita el pago de los perjuicios económicos a Colpensiones, ello en virtud de la teoría del daño en el derecho civil, pues quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero como lo es Colpensiones.

En lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez, ello no es posible toda vez que la ineficacia que se está declarando no se ha comprobado de ninguna manera que se faltó a un deber, por lo que Colpensiones no reconocerá la pensión hasta tanto no haya un fallo claro.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que

en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por

el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que

devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) En cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

V. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 05/03/1997 (fl. 31 y 164); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 18/01/2000 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 52 y 144); y iii) que los días 20 y 21/12/2018 (fl. 53 y 57)

solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folios 52 y 144 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de enero del 2000 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“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

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del 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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el

cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de

los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no inferencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido durante todo el tiempo que la accionante permaneció en dicho régimen.

En cuanto al argumento expuesto por **COLPENSIONES** en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y descapitalización del fondo común, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, la mencionada entidad también expuso en su recurso, el hecho de que es un tercero en el negocio jurídico celebrado entre la accionante y Porvenir S.A. y que con su devolución a esa entidad se causa un daño, por lo que debe traerse a colación el **principio de la relatividad jurídica**, el cual, es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

3.3. *En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”*

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

En cuanto al argumento presentado por PORVENIR S.A. en su apelación referente a que el demandante tenía la obligación de asesorarse o informarse y que al ser la accionante abogada debía conocer la ley, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

En lo que se refiere a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso

³ *Ibidem.*

Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Ahora bien, al sustentar su recurso **PORVENIR** adujo que la demandante conocía los requisitos de un régimen y otro y que ello se demuestra con el interrogatorio de parte rendido por la accionante, para lo cual, la Sala se remite a lo expuesto en dicha diligencia, en la cual, la demandante expuso que:

- Laboraba en la Procuraduría General y que allí hubo una reunión con asesores de Porvenir S.A., donde les dijeron del nuevo modelo, que les iba a garantizar un mejor sustento para efectos de la pensión, que solamente cuando se retirara y llenara las semanas sin importar la edad, que tenía derecho a tener el 75% como mínimo del último sueldo devengado, que iba a pensionarse con un valor mayor al del fondo público.
- No sabe que es una cuenta de ahorro individual y que sus aportes iban allá, tampoco conoce de los rendimientos, ni que podía hacer aportes voluntarios y no sabe que es un bono pensional.
- Les informaron que podía pensionarse a cualquier edad y con el último salario devengado.
- Que en el año 2000 conocía de los requisitos para pensionarse en el Seguro Social, que estos eran las semanas y la edad.

Lo anterior, no demuestra que la demandante conociera de las características propias del RAIS o del RPM y menos aún desprende confesión que pueda perjudicarla, con lo que no puede decirse, como lo aduce Porvenir, que la señora Rodríguez Torres hubiere recibido la información clara, completa y comprensible.

Ahora, en cuanto a la solicitud de Colpensiones de ordenar a Porvenir S.A. pague los perjuicios que presuntamente le ocasionó, ha de indicarse que los mismos no fueron solicitados en la contestación, tampoco se presentó una demanda de reconvención y estos no fueron debatidos y por ende demostrados en este asunto, por lo que mal haría esta Sala en imponer condena frente al particular, pues violaría el derecho de defensa y debido proceso de Porvenir S.A.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible

someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A,** a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310502420190046401

Demandante: **CLAUDIA CELINA RODRÍGUEZ TORRES**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

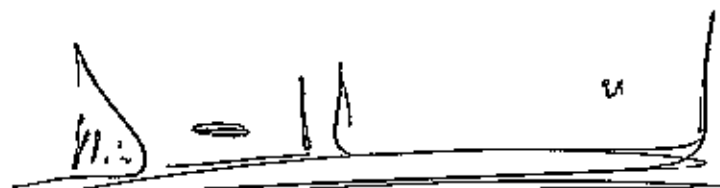
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00253 -01
Demandante: **KENNEDY MANUEL ACOSTA GÓMEZ.**
Demandado: **DRUMMOND LTD.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **KENNEDY MANUEL ACOSTA GÓMEZ** promoviese contra la sociedad **DRUMMOND LTD.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare que su contrato de trabajo terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita la aplicación de las disposiciones del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** Se vinculó a la demandada el 11 de enero de 2002, mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Operador de Buldócer; **2)** Devengaba un salario integral de \$10'375.000; **3)** Su último cargo fue el de Supervisor de Producción; **4)** Cumplía horario de trabajo por turnos, los que en ocasiones era de 5:00 A.M. a 5:00 P.M., y en otras, de 5:00 P.M. a 5:00 A.P.M.; **5)** Presentó recomendaciones para trabajar desde el 14 de febrero de 2013, por patología crónica de columna; **6)** El 11 de junio de 2017 fue detenido por orden judicial, obteniendo su libertad el 14 de diciembre del mismo año; **7)** Al momento de su detención estaba en trámite el dictamen de determinación del origen de su enfermedad ante la Junta Nacional de Invalidez; y **8)** Fue despedido el 18 de julio de 2017, sin que se le realizara examen médico de egreso ni se solicitara el correspondiente permiso al Ministerio del Trabajo.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada la convocada **DRUMMOND LTD.**, (fls. 53 a 69), contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, inexistencia del derecho a la estabilidad laboral reforzada del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de título y causa, y la genérica.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, los extremos temporales del vínculo; el salario devengado y la modalidad del mismo, que el demandante fue despedido sin que se le efectuara examen médico de egreso; y que el demandante fue detenido el 11 de junio de 2017.

Expuso que conforme al numeral 7 del artículo 62 del C.S.T. es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo la detención preventiva del trabajador por más de 30 días; y que no se ha demostrado que el actor hubiese sido absuelto por la justicia penal.

Finalmente, adujo que la terminación del contrato de trabajo no se efectuó en razón de su estado de salud; que el trabajador no alcanza una pérdida de capacidad laboral del 15% para considerar que es objeto de protección especial en su empleo, por demás que no está acreditado en juicio, que el actor presentó una afectación en su salud que le impidiera o le dificultara sustancialmente el desempeño de sus funciones.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, el A Quo adujo estar acreditado que del 12 de junio al 14 de diciembre de 2017, el demandante estuvo privado de la libertad como consecuencia de una detención preventiva ordenada por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante, por lo que, era dable efectuar su despido al sobrepasar 30 días de captura; que no existe prueba de la que se pueda inferir la absolución del actor, pues únicamente se acreditó que fue dejado en libertad por el vencimiento de términos de su detención preventiva; que la absolución tiene efectos diferentes a los del levantamiento de una detención preventiva para establecer que pudiere ser reintegrado a su labor; y que no está demostrado que el demandante fue despedido con ocasión de su situación de salud, pues por el contrario está acreditado que su desvinculación laboral obedeció a la privación de su libertad por un término superior a 30 días.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La **PARTE ACTORA**, manifestó que el término “absolución” establecido en el Código Sustantivo de Trabajo debe ser entendido en consonancia con las preceptivas del sistema penal acusatorio, por lo que en tal entendido debe entenderse como estar en libertad.

Indicó que no se solicitó el reintegro con fundamento en la discapacidad, dado que la empresa demandada tenía conocimiento de la situación de salud del accionante, que debía tenerse presente que el médico de la Drummond Ltd. fue quien indicó las restricciones que debía tener el trabajador respecto de su trabajo; que si la demandada no solicitó ante el Ministerio del Trabajo permiso para despedir es porque siempre le niegan esa autorización; y que si bien la fecha de estructuración que aparece en el dictamen de pérdida de capacidad laboral es de 2018, no se evaluó que el actor padecía su enfermedad desde 2013.

Finalmente, explicó que la carga de la prueba de la justa causa la tenía la demandada, no obstante, no se allega documento que dé cuenta de la detención del trabajador, y lo único que se tienen son oficios; que el proceso penal finalizó, el demandado no solicitó que se allegara prueba del juzgado penal para determinar si el proceso seguía o no activo; y que se debe oficiar al juzgado penal para que certifique la situación actual del demandante.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la demandada, para ratificar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00253 -01
Demandante: **KENNEDY MANUEL ACOSTA GÓMEZ.**
Demandado: **DRUMMOND LTD.**

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar **en primer lugar** si hay lugar a decretar pruebas de oficio en esta instancia consistentes en remitir oficios a los jueces penales para que den cuenta de la situación del actor. **En segundo lugar**, se analizará si el accionante goza de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por razones de salud al momento en que le fue terminado el vínculo laboral y ii)

DE LA OPORTUNIDAD PARA PEDIR PRUEBAS EN EL PROCESO JUDICIAL.

Al punto, es necesario tener en cuenta que conforme al artículo 53 del C.P.T y de la S.S, el juez de conocimiento está plenamente facultado para determinar las pruebas pertinentes y necesarias para proferir la sentencia que en derecho corresponda, por ende, está legitimado para rechazar la práctica de pruebas y diligencias que considere inconducentes en relación con el objeto del debate.

Igualmente, resulta relevante precisar que la facultad aludida no es absoluta, por cuanto es importante que el juzgador tenga plena claridad y conocimiento sobre el objeto mismo de la controversia para poder decretar o denegar las pruebas

solicitadas por los intervinientes a fin de garantizar el debido trámite procesal.

Descendiendo al caso en estudio, encuentra la Sala que al momento de interponerse el recurso de apelación se solicitó por parte del apoderado de la parte actora oficiar a los correspondientes jueces penales para determinar si el accionante fue o no objeto de absolución. Imperativo resulta rememorar, en primer lugar, que conforme el Art. 25 del C.P.T y S.S., la oportunidad para solicitar pruebas se agota con la presentación de la demanda y la contestación de la misma. Así mismo, el artículo 173 del C.G.P. establece que el juez debe abstenerse de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiere podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente:

“Artículo 173. Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción”.

Por las anteriores razones, aunado a que dicha solicitud es abiertamente extemporánea, la Sala se abstendrá de oficiar con la finalidad de que se informe la situación penal del demandante.

**DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN ESTADO
DE DEBILIDAD MANIFESTA POR RAZONES DE SALUD**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 ejusdem consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de su limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado. El citado artículo reza:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad>^{<1>} de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad>^{<1>} sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad>^{<1>} podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>^{<1>}, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante Sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta “presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que “el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): i) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; ii) que el empleador conozca de ese estado de salud; y, iii) que termine la

relación laboral «por razones de su limitación física», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto, en sentencia SL10538-2016, dijo:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad “que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”.

En sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, dicha Corporación expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017. Al respecto, dijo la H. Corte:

“Dice el artículo 5° de la Ley 361 de 1997: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la

Demandante: **KENNEDY MANUEL ACOSTA GÓMEZ.**

Demandado: **DRUMMOND LTD.**

respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico **en caso de que dicha limitación no sea evidente**. Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 26, ibídem, disponía: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)”.

De la lectura de las disposiciones en precedencia, emana palmariamente que para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine quanon que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor **era un hecho notorio.**”

Y recientemente, en sentencias SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021 la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido en los siguientes términos:

“En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las **personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.**

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y

ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito *"garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad"*, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas personas.

Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce *"que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*, es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, **para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente".** (Negrillas por la Sala).

Finalmente, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer *"que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso"*, para señalar que *"el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada"*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta

demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la ya mencionada sentencia SL711-2021, en la que dispuso:

“En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»* (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador *por razón de su discapacidad*, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales”.

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Kennedy Manuel Acosta Gómez celebró contrato de trabajo a término indefinido con Drummond Ltd. para desempeñar el cargo de Operador de Buldócer, a partir del 11 de enero de 2002 (fls. 22 y 23).
- ii) El actor fue promovido a Supervisor de Producción por parte de la demandada el 28 de diciembre de 2005 (fl.24).
- iii) El 29 de enero de 2013, el accionante fue diagnosticado por el médico de la Drummond, Osvaldo Díaz López, con una patología crónica denominada “segmento lumbar de la columna”, motivo por el que efectuó recomendaciones, tales como, realizar pausas activas, evitar realizar

movimientos repetitivos con el segmento lumbar, alternar posturas de bipedestación y sedestación, evitar manipular cargas mayores a 7 kg, y evitar subir y bajar escales reiteradamente (fl.28).

- iv) El 12 de enero de 2016, el médico de salud ocupacional de la Drummond Ltda., Irwis Gámez, señaló que el accionante podía seguir laborando como Supervisor de Producción, puesto que tal cargo no afecta su situación de salud y garantiza su bienestar físico y mental, debiéndose en todo caso tener en cuenta las recomendaciones del 29 de enero de 2013 (fl.129).
- v) El actor estuvo privado de la libertad entre el 12 de junio y el 14 de diciembre de 2017; recobrando su libertad por vencimiento de términos, según certificado de libertad (fl. 26).
- vi) El empleador terminó el contrato de trabajo con el demandante el 19 de julio de 2017, por cuanto presentaba una detención preventiva que superó los 30 días (fl.27).
- vii) El 20 de diciembre de 2017, el accionante solicitó su reintegro a la Drummond Ltd. en virtud a que obtuvo su libertad el 14 de diciembre de 2017; pedimiento que fue negado por su ex empleador (fls.25 y 26).
- viii) El 24 de enero de 2019, A.R.L. Colmena profirió dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en el que determinó que el accionante presenta una pérdida de capacidad laboral del **16,70%** con fecha de estructuración **24 de octubre de 2018** (fls. 134 a 136).
- ix) El 24 de abril de 2020, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó la pérdida de capacidad laboral del demandante en un **18,20%**, estableciendo como fecha de estructuración el **24 de octubre de 2018** (fls. 170 a 174).

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, considera la Sala que le asistió la razón al A Quo al absolver de las pretensiones de la demanda.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00253 -01
Demandante: **KENNEDY MANUEL ACOSTA GÓMEZ.**
Demandado: **DRUMMOND LTD.**

Lo anterior, por cuanto, en efecto, del análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba no se logra desprender que el accionante tuviera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, ya que: i) Las recomendaciones efectuadas por los médicos de la Drummond Ltda., Osvaldo Díaz López y Irwis Gámez, del 26 enero de 2013 y 12 de enero de 2016, respectivamente, únicamente dan cuenta de que presentaba una patología denominada "segmento lumbar de columna", pero de las mismas no se logra extraer su gravedad, por demás que la última recomendación hace alusión a que el cargo de Supervisor de Producción no afectaba la situación de salud del actor; ii) El dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral de A.R.L. Colmena Seguros, si bien determinó que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 16,70%, establece como fecha de estructuración, 24 de octubre de 2018, esto es, una fecha posterior a la terminación de la relación laboral (19 de julio de 2017), y cuando habían transcurrido un año, tres meses, y seis de tal situación; estudio médico que en tales condiciones, resulta insuficiente para establecer cuál era la pérdida de capacidad laboral del accionante al momento en que terminó su contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que los documentos allegados para que se hicieran los correspondientes estudios por parte de la entidad de seguridad social, datan de junio a diciembre de 2018, con excepción de los resultados del 09 octubre de 2012, por lo que, carecía de estudios de noviembre de 2012 a mayo de 2018, y que estamos frente a una enfermedad crónica que puede verse agravada por el transcurso del tiempo; y iii) El dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, si bien aumenta la pérdida de capacidad laboral del demandante a un 18,20%, mantuvo como fecha de estructuración el 24 de octubre de 2018.

Por otra parte, rindió interrogatorio de parte el representante legal de la empresa demandada, Juan Carlos López González, empero de su dicho no se logra extraer confesión, ya que si bien manifiesta que conocía que el actor tenía restricciones

médicas desde 2013, expuso que estas no interferían con el buen funcionamiento de su labor.

Igualmente, comparecieron a rendir testimonio José David Montero Villegas y Jorge Mario Rivera Morón.

José David Montero Villegas, manifestó que conoció al demandante como empleado de la compañía, presentando sus servicios a la compañía de 2002 a 2017; que la relación laboral del actor terminó porque él estuvo privado de la libertad por más de 30 días; que no le consta que el actor tuviera algunas recomendaciones médicas o circunstancia especial por su estado de salud, él desempeñó sus funciones como Supervisor de Producción sin ningún problema; que el 11 de junio de 2017 asistieron a la empresa tres funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación- C.T.I., para obtener el ingreso y realizar la captura del accionante, presuntamente por los delitos de homicidio y concierto para delinquir; y que ante tal situación procedieron a suspender el contrato de trabajo, y posterior al mes, darla por terminada.

Por su parte, **Jorge Mario Rivera Morón** adujo que era el Director Médico de Operaciones Mineras de la Drummond Ltd.; que trabajó entre 2002 y 2003, pero que retornó en el año 2006 hasta la fecha; que conoció al accionante; que no conoce las razones de terminación del contrato del demandante; que como Supervisor de Producción el actor no tenía restricciones médicas, y que en su juicio médico no presentaba ningún tipo de impedimento para ejercer su labor; y que en 2016, el accionante fue evaluado en examen médico ocupacional, estableciéndose que como supervisor podía seguir desempeñando sus funciones sin ningún problema.

Así las cosas, es claro que ninguno de los anteriores testigos da cuenta de una enfermedad o patología que para la fecha del despido alcanzase el 15% de pérdida de capacidad laboral, por

demás que, los testigos son coincidentes en afirmar que podía desempeñar sus funciones como Supervisor de Producción sin ningún problema.

Así mismo, no considera la Sala que los padecimientos del accionante sean de tal envergadura que se pueda establecer que se está frente a un hecho notorio, por el contrario, de las pruebas aludidas pareciera que los malestares del accionante al momento de terminarse la relación laboral estaban controlados tanto que podía ejercer su cargos sin mayor impedimento, por lo que no se considera que hubiese acreditado la carga que le correspondía, esto es, demostrar la discapacidad en cualquiera de los grados mencionados.

Al respecto, recuérdese que conforme lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las providencias SL5181-2019, SL2237-2021, SL418-2021, se debe demostrar que la discapacidad ostenta un grado significativo, en esa dirección, se puede acudir a los distintos medios de prueba habilitados por el legislador, y si bien no es imperativo contar con una calificación formal al momento de la terminación del contrato de trabajo para que haya lugar a la protección, debe figurar alguna otra prueba en el proceso que dé cuenta que el trabajador padecía de una limitación en grado severo o profundo para el momento del despido, prueba que debe ir más allá del propio dicho del trabajador; a lo anterior, se suma que no es dable asimilar la situación de discapacidad con la limitación física de una persona, pues aquella se refiere concretamente a la relación de dicha deficiencia con el entorno que rodea a quien la presenta, sobre lo cual, como se anotó, se logra evidenciar que la limitación aducida por el actor no le impedía la normal ejecución de sus funciones laborales, así como también se desvirtuó que aquella estuviera inexorablemente ligada a la finalización del contrato; se resalta: la sola existencia de una limitación de salud no conlleva a considerar automáticamente que el despido sea un acto discriminatorio.

En ese orden de ideas, se precisa que, si bien de las restricciones proferidas por los médicos de Osvaldo Díaz López y Irwis Gámez, así como del testimonio de Jorge Mario Rivera Morón, se deriva que el empleador tenía conocimiento de algunas restricciones en salud del trabajador, no puede afirmarse de manera certera que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral fuera igual o superior al 15%, al momento de la terminación del vínculo, pues se carece de elementos de juicio que permitan concluir tal situación, de modo que, en tales condiciones, no puede hablarse de discriminación en el despido en razón de una disminución en la condición física que configure la protección especial de la Ley 361 de 1997.

Aunado a lo anterior, no considera la Sala que el despido del actor sea consecuencia de su condición de salud, pues además de que no está acreditada una pérdida de capacidad laboral significativa para el momento del despido, la causal que alegó la demandada, esto es, “la detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto”, se encuentra enmarcada en el numeral 7° del artículo 62 del C.S.T., que dispone:

“Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa.

Son justas causas para dar por terminación unilateralmente el contrato de trabajo:

A) Por parte del Empleador:

(...) 7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por un tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato”.

Al respecto, rememórese que, entre otras, en la sentencia SL1708-2021, se dijo que la protección legal al trabajador en situación de discapacidad no se opone a la terminación del contrato de trabajo por justa causa, cuando la decisión se encuentra motivada en un principio de razón objetiva, la cual es

plenamente legítima en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

En el sub examine, es el mismo demandante quien informa a través de su demanda (hecho 8) y de su interrogatorio de parte, que fue detenido por orden judicial el 11 de junio de 2017, y que obtuvo su libertad el 14 de diciembre 2017 *por vencimiento de términos*, declaración que además encuentra su soporte en el certificado de libertad de folio 26. Por tanto, el accionante estuvo privado de la libertad por cinco meses y tres días, esto es, por un tiempo superior a 30 días, lo que permite establecer que la causa alegada por el empleador se encuentra ajustada a derecho a menos que el trabajador sea “absuelto”.

Bien, en relación con el término “absuelto”, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1071-2021, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos:

“(…) la Sala considera que, en el numeral 7.º, literal A), del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, se prevé expresamente que **la justa causa se convierte en injusta cuando el trabajador es *absuelto* y no, cuando el proceso penal termina de cualquier otra forma** (art. 39 del CPP, Ley 600 de 2000), por ejemplo, se decreta la cesación de procedimiento, por haber operado la *prescripción* de la acción, como sucedió en este caso. Si el legislador hubiese querido ser omnicompreensivo como lo pretende el recurrente, habría dicho que la justa causa desaparece cuando el proceso penal termine sin que el trabajador haya sido condenado.

Lo cierto es que el supuesto de la norma para que la justa causa se diluya es que el trabajador sea absuelto, lo cual, en el campo del derecho penal, tiene su propio significado jurídico y es incompatible con una decisión que declara la prescripción en la acción penal. No le corresponde al juez laboral hacer disquisiciones sobre su contenido, para efectos de plantear conflictos hermenéuticos y habilitar la aplicación del principio de favorabilidad, que es lo que en el fondo pretende la censura.

(…) Del estudio de exequibilidad de la norma en comento que hizo la Corte Constitucional en la sentencia CC C079-96, se puede colegir que **no se viola el principio del debido proceso ni la presunción de inocencia**, si la justa causa de despido objeto de estudio solo desaparece con la decisión absolutoria en el

Demandante: **KENNEDY MANUEL ACOSTA GÓMEZ.**

Demandado: **DRUMMOND LTD.**

proceso penal, pues con esta medida se busca conciliar de forma razonable y proporcionada los derechos del empleador con los del trabajador. Entendida así la justa causa de despido, de manera alguna se está poniendo en entredicho la presunción de inocencia del trabajador frente a los tipos penales que le fueron imputados y dieron lugar a la detención preventiva por más de 30 días, cuando el proceso penal le es terminado por razones distintas a una sentencia absolutoria, como sucede con la prescripción de la acción penal.

No puede perderse de vista que la justa causa de autos se configura por la imposibilidad física del trabajador de cumplir con la prestación del servicio, elemento esencial del contrato de trabajo. No se trata de una consecuencia sancionatoria al trabajador por una supuesta conducta penal ni es una medida preventiva impuesta en su contra dentro del proceso penal en el que está siendo investigado. Por tanto, si la justa causa de despido persiste luego de terminarse el proceso penal por razones distintas a una sentencia absolutoria, no es porque se ponga en duda la presunción de inocencia del trabajador, sino porque el legislador consideró que, en esos casos, era razonable que el empleador no tuviera que pagar la indemnización por despido. Solo lo es, cuando el trabajador es absuelto”.

Por las anteriores razones, considera la Sala que al no encontrarse acreditado que el trabajador fue objeto de sentencia absolutoria sino únicamente que su detención preventiva expiró por vencimiento de términos, no se podría deprecar que el despido fue una excusa para dar por terminada la relación laboral del accionante por su situación especial de salud, por el contrario, como se anotara, se encuentra acreditado que el finiquito de su vínculo laboral con la entidad demandada obedeció a una causal objetiva de terminación del contrato por justa causa, de manera que se descarta la procedencia de la protección reclamada.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

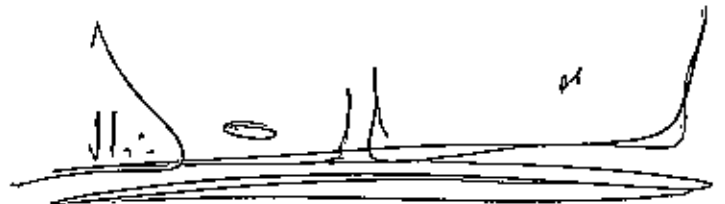
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00253 -01
Demandante: **KENNEDY MANUEL ACOSTA GÓMEZ.**
Demandado: **DRUMMOND LTD.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$ 300.000
a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de la parte **DEMANDANTE**, de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que DIANA OFELIA CARRILLO RAMÍREZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) que realizó la demandante.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos, y demás sumas de dinero y a esta que reciba dichos dineros.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 1° de septiembre de 1961, contando con 58 años; 2) Inició su historia de cotizaciones al ISS el día 4 de noviembre de 1981; 3) Para el mes de abril de 1993 había cotizado un aproximado de 520.86 semanas; 4) Para el año 1994 un asesor de Colmena (hoy Protección) visitó las instalaciones de su empleador; 5) Bajo inducción a "error" se afilió a Colmena, siendo su primera cotización la del mes de diciembre de 1995; 6) La AFP Colmena nunca le informó las implicaciones que tendría el cambio de régimen, tampoco la ilustró acerca de los diferentes escenarios de pensión de cada uno de los regímenes, tampoco acerca de su edad probable y monto real de la mesada pensional o su derecho de retracto; 7) No recibió una proyección estimada por parte de Colmena, no la asesoró sobre el escenario más conveniente para ella y menos de la posibilidad de trasladarse de régimen antes de cumplir los 47 años; 8) En el momento en que fue informada sobre el monto de la pensión, pudo evidenciar en engaño del que fue víctima; 9) Mediante derecho de petición solicitó a Colpensiones su traslado a dicha entidad, solicitud que fue resuelta de manera negativa.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 50-67) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

Adujo que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Refirió que la accionante no podrá retornar al RPM por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, esto es no es posible su traslado porque no cumple con los requisitos dispuestos en la ley y en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013.

Reiteró que los beneficiarios del régimen de transición por edad, pierden automáticamente los beneficios de dicho régimen al trasladarse voluntariamente al Régimen de Ahorro Individual, (en adelante RAIS) , dejando claro la Corte Constitucional que las únicas personas amparadas

por el régimen de transición que quieren retornar en cualquier tiempo al RPM con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 son aquellos que tengan 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Frente a la nulidad, dijo que, en caso de que la misma existiera fue saneada en los términos del artículo 1750 del Código Civil y que tampoco fue alegada dentro del término establecido en el artículo 1750 de la misma codificación, encontrándose así prescrita.

Concluye indicando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores del fondo privado al cual se afilió, de conformidad con lo expuesto en los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo cual no aconteció en este caso.

PROTECCIÓN S.A. (fl. 76 Archivo 003) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y propuso como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Adujo que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto

jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Afirmó que, tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFP's con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indicó que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

Posteriormente, mediante auto del 18 de agosto de 2020 se vinculó a la AFP **PORVENIR S.A.** (fl. 76 Archivo 003), entidad que se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Mencionó que, en este caso, no hay ninguna razón para considerar que la demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a la demandada por carecer del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones de acto jurídico que estaba llevando a cabo.

Manifestó que el hecho de que esa AFP tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que la demandante, por su cuenta, no haya decidido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, máxime cuando todo consumidor financiero debe actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, por lo que el deber de información también le era exigible a la actora.

Indicó que, como todo acto jurídico, el traslado de régimen pensional puede adolecer de algunas deficiencias, pero no todas ellas conducen necesariamente a la ineficacia o pérdida de efectos del acto, y en el caso de que la presunta falta de información, como una situación que pudo afectar el consentimiento, solamente podría generar, a lo sumo, una nulidad relativa en los términos del artículo 1741 del Código Civil, que solo da derecho a la rescisión del acto o contrato, pero no genera forzosamente la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Adujo que la actora, durante su vinculación a esa AFP contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculado al RAIS.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

II. SENTENCIA APELADA

La **A quo** dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal conclusión expuso que, al revisar la documental allegada aparece una impresión del SIAFP en donde se señala que la demandante, encontrándose en el RPM se traslada a Horizonte S.A. y posteriormente a ING, siendo claro que la actora se encuentra afiliada al RAIS, debiendo entonces determinar si dicho traslado se realizó en cumplimiento de la totalidad de la normatividad vigente para la fecha en que se realizó.

Indicó que el primer presupuesto que debía cumplirse es el del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el segundo es el consagrado en el artículo 11 del Decreto reglamentario 692 de 1994 y el tercero el que consagra la obligación que tenían los promotores de suministrar información a los posibles afiliados establecida en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

Expuso que, al revisar la documental allegada al expediente, aparece el formulario de afiliación del traslado de régimen de la demandante, efectuado a Horizonte, el cual se realizó en noviembre de 1995, debiendo analizar el presente asunto a la luz de lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1452 de 2019.

Precisó, en primer lugar, que la demandante mintió cuando dijo que no recibió documentación, pues ella misma aporta al plenario escenarios comparativos de cómo sería la pensión al hacer aportes voluntarios o adicionales, cuál sería su pensión en Colpensiones, cuál sería en los fondos privados, ello se le explica y ella misma documenta todo lo requerido para que ese consentimiento fuera válido.

Manifestó que, al revisar la documental allegada al expediente, se advierte que antes del traslado de régimen la demandante no solo recibió información de Horizonte, también Protección le dio información, a folio 42 aparece un documento de un cálculo que le dan a la accionante en el año 1994, documento que ella misma aportó al plenario, con lo que no puede negar que se lo entregaron, así mismo, es claro que la demandante sabía que podía hacer aportes voluntarios, conocía las diferencias entre uno y otro régimen, también sabía que podía pensionarse antes y que la posibilidad de que su monto pensional subiera de hacer aportes voluntarios, pues eso mismo dice el mentado documento que ella misma aporta, información que se le dio en el año de 1994.

Adicionalmente, dijo, la misma demandante a folio 43 aporta el documento que le dio la asesora de Horizonte, siendo claro que antes de su traslado le documentaron de manera clara y precisa toda la información, no siendo admisible que en el interrogatorio de parte la accionante indique que no la recibió y se da cuenta que el RAIS no le beneficia, que nunca le informaron y que fue engañada, cuando ella misma aporta la prueba que demuestra que efectivamente le dieron toda la información, además, la misma actora lo prueba, que solicitó información a Protección en el año 1994 y al año siguiente antes de trasladarse solicitó información a Horizonte, que fue el fondo al que inicialmente se trasladó.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los

apoderados de la demandante y de Porvenir S.A., quienes reiteraron lo expuesto en su demanda y contestación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueran totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de

	23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos régimenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes

pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta

determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De otro lado, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia **SL3464-2019** radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus

rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

V. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 04/11/1981 (fl. 37 y 64); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 11/11/1995 a través de la A.F.P HORIZONTE (fl. 22 archivo No. 006 del folio 76); y **iii)** solicitó retornar nuevamente al RPM el 15/07/2019 (fl 44), ante Colpensiones, no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad.

A folio 22 del archivo No. 006 obrante en el disco compacto de folio 76 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 11 de noviembre de 1995 con la AFP Horizonte S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la

información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia transcrita in extenso en precedencia así como en posterior decisión¹, según las cuales “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.”

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, los fondos privados demandados tienen la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación, tal como fue argumentado por las demandadas en sus apelaciones.

Ahora bien, en cuanto al punto debe resaltar esta Sala de Decisión que, si bien fue allegado por la misma demandante el documento que obra a folios 42 a 43 mediante el cual la **A.F.P PROTECCIÓN S.A.**, realiza el cálculo del bono pensional, se proyectan unos resultados de las pensiones tanto en el RPM como en el RAIS, así como los resultados en caso de hacer aportes voluntarios, documento que en sentir del A Quo demostraba la plena asesoría y conocimiento de la demandante de las consecuencias del traslado de régimen, lo cierto es que, al revisar el documento de marras, (fl. 42-43) la Sala llega a una conclusión distinta a la arribada por el juez de primer grado, por cuanto, **en primer lugar**, el mismo no se observa suficiente para dar por demostrado el deber de información al que estaba sujeta la AFP Horizonte S.A., y **en segundo lugar**, por cuanto es precisamente de esta última A.F.P., esto es **HORIZONTE**, -hoy **PORVENIR S.A.**, - de quien se exige se cumpla a cabalidad el deber de información, al ser la que concreta el traslado del RPMPD al RAIS, y si bien dicho deber de información se exige de cualquier traslado, inclusive entre administradoras del mismo régimen de ahorro individual, lo cierto es que, en todo caso con las posteriores *re-asesorías* no se suple la obligación de la AFP que logró el cambio de régimen pensional primigenio.

Ello, de conformidad con la basta referencia jurisprudencial edificada en esta decisión, según la cual, como mínimo la AFP tendría que haber dado a la demandante la siguiente información:

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

- i) Que, dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez;
- ii) La posibilidad para sus herederos de hacerse la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión de sobrevivientes;
- iii) La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional;
- iv) Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas, a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica;
- v) La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunidos los requisitos, se haga pronto;
- vi) La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado;
- vii) El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común;
- viii) Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y,
- ix) La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertirsele en qué consistía cada una, así: la modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral, pero le garantiza una pensión de por vida, la modalidad de retiro programado, la cual tiene la desventaja de que, una vez termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores y la modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

Lo antes indicado no se acredita con los mentados documentos, por ello al no demostrarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se

DECLARARÁ LA INEFICACIA del acto de traslado de Diana Ofelia Carrillo Ramírez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la **AFP HORIZONTE**, -hoy **PORVENIR S.A.**, el día 11 de noviembre de 1995 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte y como consecuencia de ello, habrá de tenerse por ineficaz los traslados efectuados posteriormente entre administradoras de fondos de pensiones hechos por la accionante a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PROTECCIÓN S.A.**, **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

"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”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

*En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la **AFP PROTECCIÓN S.A** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Carrillo Ramírez, incluyendo además los gastos de administración, estos últimos debidamente indexados.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de

prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de las AFP PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., por resultar vencidas en juicio.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia consultada. En su lugar se dispone:

- A. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de DIANA OFELIA CARRILLO RAMÍREZ del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de HORIZONTE S.A., - **hoy PORVENIR S.A.**, -el día 11 de noviembre de 1995 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte, así como los traslados efectuados a **PROTECCIÓN S.A.**

Demandante: **DIANA OFELIA CARRILLO RAMÍREZ**

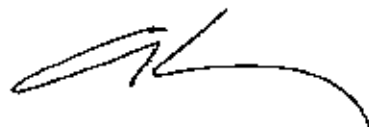
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A**

- B. CONDENAR** a la **A.F.P PROTECCIÓN S.A.**, que proceda a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Diana Ofelia Carrillo Ramírez y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.
- C. ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores enunciados en literal b) de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Diana Ofelia Carrillo Ramírez al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.
- D. DECLÁRENSE NO PROBADAS** las excepciones planteadas por las accionadas.

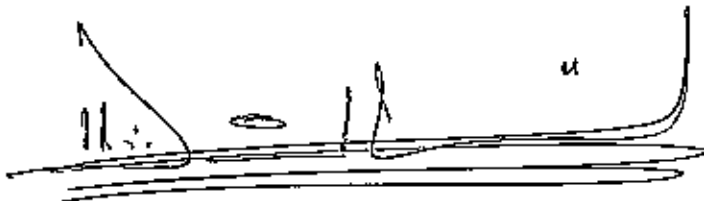
SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de las AFP PROVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

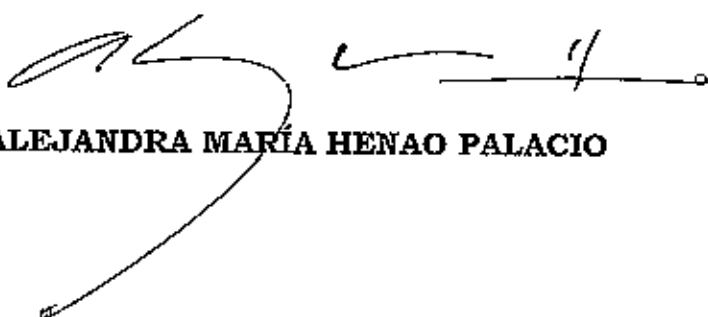
Código Único de Identificación: 11001310503120190076801

Demandante: **DIANA OFELIA CARRILLO RAMÍREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas condenadas en costas.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **GUSTAVO CALLE FERNÁNDEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

La parte demandante aspira a que se reconozca y pague el incremento adicional de la pensión del 14% sobre el SMLMV por su cónyuge desde el 10 de septiembre de 2002, así como los intereses moratorios y la indexación de las condenas.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes

1.2. Hechos:

1) Nació el 10 de septiembre de 1942; 2) El 28 de diciembre de 1963 contrajo matrimonio católico con la señora Martha del Socorro Londoño de Calle; 3) El ISS, mediante Resolución No. 012149 del 11 de abril de 2011, reconoció la pensión de vejez desde el 10 de septiembre de 2002; 4) La señora Martha del Socorro Londoño de Calle depende económicamente de él; 5) Es beneficiario del régimen de transición; 6) Devenga como pensión un salario mínimo.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES** (fls. 34-58), dio respuesta al libelo genitor, oponiéndose a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas prescripción, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

Expuso, en síntesis, que esa entidad siempre ha actuado de buena fe, por eso, mediante Resolución ISS No. 009916 del 17 de marzo de 2006 se reconoce de forma primigenia el derecho a la pensión de vejez a favor del hoy demandante, con efectividad a partir del 1° de abril de 2006 y a su vez, mediante sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, se reconoce una

reliquidación pensional, que se ordena mediante Resolución No. 012149 del 11 de abril del 2011, así mismo, informa que el demandante es beneficiario del régimen de transición, conforme lo establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que cumple con los requisitos constitutivos para tales efectos.

Indicó que el régimen contemplado en la Ley 100 de 1993 condensa las pretensiones que hacen parte del régimen de prima media con prestación definida, sin que dentro de las mismas se encuentren los incrementos pensionales por personas a cargo, así mismo, frente a dichos incrementos, se ha mantenido la tesis de que el alcance del artículo 36 comprende el reconocimiento a los beneficiarios del régimen de transición de aspectos como la edad, tiempo de servicios, número de semanas y monto de pensión bajo el régimen anterior, sin que sea extensivo a otros factores o prestaciones, máxime cuando los incrementos pensionales son una prestación diferente a la pensión de vejez, y como consecuencia de ello, no es loable ni procedente reconocerla bajo los estamentos propios que atañen al régimen de transición.

Por lo anterior, aduce, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se generaron nuevas reglas respecto a las prestaciones en materia pensional y dentro de estos, no se estimó un conceto o valor diferente adicional, entendiendo así, que las reglas anteriores quedaron derogadas junto con todas sus normas, siendo claro que la pensión del señor Calle Fernández fue reconocida con posterioridad al año 1994, lo que permite deducir que pese a estar cobijado bajo la transición, no le es aplicable lo establecido dentro del Decreto 758 de 199 para efectos de incrementos.

Concluyó indicando que la Corte Constitucional, mediante sentencia de unificación SU 140 de 2019, al abordar el asunto de los incrementos que retrata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, desde la postura de la derogatoria orgánica, y no la prescripción, determinó que una vez en vigencia la Ley 100 de

1993, se conformó la coexistencia de dos sistemas pensionales de carácter excluyente entre sí y que la implicación de la entrada de un nuevo régimen pensional, se tuvo frente a la derogatoria tácita, por cuanto se configura un escenario incompatible entre la norma antigua y nueva, que propiamente configura una regulación integral, lo que en consecuencia define que sea avocada una derogatoria orgánica, en virtud de lo cual, se aclara que no puede estar sometida a un escenario en función de la prescripción, como quiera que la norma como tal no existe o bien no se encuentra vigente dentro del ordenamiento jurídico, además, al entenderse los incrementos como elementos no integrantes del núcleo esencial de la seguridad social, estos deben ceder ante un principio mayor, que versa sobre la garantía de la estabilidad financiera del sistema pensional.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La A quo dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que el demandante es beneficiario del régimen de transición, al haber nacido en el año de 1942, lo que fue reconocido por Colpensiones en la resolución de reconocimiento pensional y posteriormente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde, en sentencia del 13 de agosto de 2010 ordenó reliquidar la pensión de vejez del demandante y de la lectura de tal sentencia se advierte que el accionante es pensionado en aplicación del régimen de transición, concretamente en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y que la fecha de causación de la pensión es el 10 de septiembre de 2002, la cual coincide con la fecha del disfrute, circunstancia que es importante, pues el actor se pensionó después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y el artículo 289 de dicha norma derogó las demás normas que le son contrarias.

Expuso que la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU 140 de 2019 señaló de manera expresa que los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ratificado por el Decreto 758 del mismo año, fueron derogados de manera tácita por la Ley 100 de 1993, por lo que no conservan su vigencia y la única posibilidad de aplicación de esos incrementos pensionales es que la persona se hubiese pensionado en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 pero no por régimen de transición, esto es, que su derecho se hubiese causado antes del 1° de abril de 1994.

Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 04 de mayo del 2021, se admite el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 18 de junio del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado el (la) apoderado (a) de Colpensiones, quien reiteró lo expuesto en contestación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, que la competencia de esta Corporación a la luz de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueran totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente: ¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, luego

de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993?

De los incrementos pensionales por personas a cargo

El tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo la suscrita era del criterio en punto a considerar, que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

Sin embargo, la vigencia de este incremento pensional, es un asunto que ha sido revaluado recientemente por la jurisprudencia constitucional, como es el caso de la Sentencia Unificación **SU-140 de 2019**, mediante la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

En el proceso de tutela que dio origen a esta sentencia unificadora, se acumularon once (11) expedientes, que le sirvieron de sustento a la Corte para unificar la jurisprudencia de dos tesis en torno a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los

derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1° de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1° de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieran cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

También recordó la Corte Constitucional que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución, introduciendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

V. DEL CASO CONCRETO

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución 012149 del 11 de abril de 2011, por medio de la cual se da cumplimiento al fallo proferido dentro del proceso ordinario laboral No. 2006-01215 del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá - Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, obrante a folios 1-2 ar expediente

administrativo allegado por Colpensiones (Archivo GEN-ANX-CI-2018_11248482-20180908084142).

Consecuentemente, estando probado en el proceso que el demandante es pensionado en el riesgo de vejez con base en el Acuerdo 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994, debe concluirse necesariamente que no le asiste el derecho al incremento pensional por personas a cargo que reclama con fundamento en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; lo anterior, conforme al nuevo panorama jurisprudencial antes aludido, pues al no consolidarse este beneficio adicional a la pensión con anterioridad a la fecha en que cobró vigencia el sistema general de pensional, no reúne las condiciones para ser considerado un derecho adquirido que deba ser protegido por la vía judicial.

Recuerda la Sala que, al tratarse de una sentencia de unificación, que constituye un precedente vertical sobre la materia, dado que proviene de un órgano de cierre, concretamente constitucional, es clara la fuerza vinculante que dicha providencia irradia frente a todos los administradores de justicia incluido este tribunal de distrito judicial, quien no puede apartarse de lo allí resuelto, pues este precedente limita la autonomía judicial, en tanto debe respetarse la postura del superior; y si bien pudiera separarse la Sala de tal precedente, con la motivación rigurosa exigida para ello según lo ha indicado la Corte Constitucional, no encuentra razones para hacerlo, al compartir el criterio indicado por el órgano de cierre constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 a que se hizo referencia.

Así las cosas, se tiene que como el demandante goza actualmente de una pensión de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto

Código Único de Identificación: 1100131050312020023701

Demandante: **GUSTAVO CALLE FERNÁNDEZ**

Demandado: **COLPENSIONES**

en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994 resulta claro nítido que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Por lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

En esta instancia no se causaron costas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

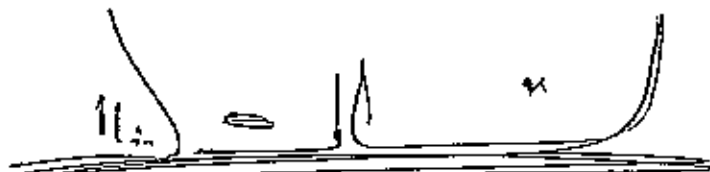
Código Único de Identificación: 1100131050312020023701

Demandante: **GUSTAVO CALLE FERNÁNDEZ**

Demandado: **COLPENSIONES**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2018-00459 -01
Demandante: **VÍCTOR MANUEL SALAMANCA SILVA.**
Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **VÍCTOR MANUEL SALAMANCA SILVA** promoviese contra **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare que la demandada es la entidad obligada al pago de la pensión causada por el tiempo laborado por su esposa, CLARA INÉS CIFUENTES TOVAR, en la extinta empresa **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**. Igualmente, solicita el reconocimiento y pago de la pensión plena de jubilación, a partir del 06 de mayo de 1999, junto con los respectivos reajustes anuales, diferencias pensionales, y mesadas adicionales.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: 1) Clara Inés Cifuentes Tovar laboró en calidad de trabajadora oficial con Ferrocarriles Nacionales de Colombia del 01 de julio de 1974 al 13 de junio de 1991; 2) Mediante la Resolución 0711 de 1991, le fue reconocida a Clara Inés Cifuentes Tovar, pensión de jubilación; 3) Clara Inés Cifuentes Tovar falleció el 05 de mayo de 1999; 4) Le fue reconocida sustitución pensional, en calidad de cónyuge supérstite de Clara Inés Cifuentes Tovar, a partir del 19 de julio de 1999, en proporción del 50%; el porcentaje restante se reconoció a favor de sus hijos; 5) Le fue reconocida pensión de jubilación proporcional en un porcentaje del 58% del salario promedio devengado, fijándose la primera mesada pensional, a partir del 14 de junio de 1991; 6) No se le ha reajustado la pensión plena de jubilación en un 75% del salario del promedio de los últimos seis meses de servicio; 7) No le han reconocido sustitución pensional de jubilación así como tampoco la pensión plena de jubilación (sic); y 8) La demandada ha negado el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2018-00459 -01
Demandante: **VÍCTOR MANUEL SALAMANCA SILVA.**
Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas por el actor.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificado, el **FONDO PASIVO FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** (fls. 45 a 49), contestó en los siguientes términos:

Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó buena fe y confianza legítima, falta de título o causa para demandar, y la genérica.

Expuso que mediante la Resolución 1111 de 1999, se le reconoció al accionante el derecho a la sustitución pensional; que si bien el artículo 7° del Decreto 895 de 1991 establece un incremento del 75% al cumplirse la edad de 50 años por parte del pensionado, Clara Inés Cifuentes Tovar falleció sin cumplir la edad para acceder a tal beneficio.

2.1. LITISCONSORCIO NECESARIO.

En audiencia del 23 de agosto de 2019, se dispuso tener como litisconsortes necesarios a **ANDRÉS CAMILO** y a **PAOLA ANDREA SALAMANCA CIFUENTES** (fl.68). No obstante, frente a su incomparecencia, el A Quo decidió no imponerles consecuencias procesales (fl.88).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del **05 de junio de 2020**, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL SALAMANCA SILVA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

En síntesis, refirió el A Quo, que el Decreto 895 de 1991 fue dictado por el Gobierno Nacional con la finalidad de introducir modificaciones expresas a las pensiones reconocidas por Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con la finalidad de facilitar el proceso de liquidación de la empresa; que en dicha normatividad se señaló la posibilidad de pensionarse únicamente con tiempo de servicios, pudiendo los trabajadores acceder a cualquier edad, como fue el caso de la cónyuge del actor, Clara Inés Cifuentes Tovar, quien se pensionó a los 33 años; que en igual sentido, la normatividad expuesta estableció que al cumplirse la edad de 50 años, se incrementaría la pensión en un 75% del promedio de lo cotizado en los últimos seis meses.

Indicó que la trabajadora pensionada falleció con anterioridad al cumplimiento de los 50 años; que el requisito de la edad es de causación y no de disfrute, ya que se está frente a un régimen especial que inclusive permitió a la trabajadora el reconocimiento y goce de una pensión con anterioridad al cumplimiento de dicha edad; y que no es dable aplicar los preceptos de la Ley 12 de 1975, pues no se acreditó que la trabajadora hubiera logrado acreditar 20 años de servicios en el sector público, por demás que disfrutó de su pensión desde que tenía 33 años de edad, con lo que suplió su obligación de pagar aportes al sistema pensional.

IV. APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Manifestó que si bien es cierto se reconoció una pensión de jubilación a Clara Inés Cifuentes Tovar de conformidad con el Decreto 895 de 1991, quedó en suspenso su incremento en un 75% cuando cumpliera 50 años de edad, ya que, cuando el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció la prestación, lo hizo con una tasa de reemplazo del 58%; que si

bien la señora Clara Inés Cifuentes Tovar no logró cumplir la edad de 50 años, como consecuencia de su fallecimiento, a los artículos 7 y siguientes del Decreto 895 de 1991, era dable acceder a tal incremento; que por lo anterior, se debe reconocer el porcentaje del 17% adicional a la pensión reconocida a Clara Inés Cifuentes Tovar; y que los anteriores beneficios son propios de la existencia del contrato de trabajo que sostuvo la causante con Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, sin que tal oportunidad fuera utilizada por los apoderados de las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, advierte la Sala que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si hay lugar a reconocer una pensión plena de jubilación a Clara Inés Cifuentes Tovar, y sustituirla a favor de VÍCTOR MANUEL SALAMANCA, de

conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto 895 de 1991.

**PENSIÓN PROPORCIONAL DE JUBILACIÓN Y PENSIÓN
PLENA DE JUBILACIÓN DE LOS EXTINTOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

La pensión proporcional de jubilación y la pensión plena de jubilación de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia tienen como fundamento el artículo 7° del Decreto 895 de 1991, norma que textualmente, señala:

“ARTÍCULO 7o. La Pensión de Jubilación de que trata este Artículo fue modificado por el Artículo 3 del Decreto 1651 de 1991. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia del presente Decreto o durante el término de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia tuvieran quince (15) o más años de servicio en la Empresa, tendrán derecho sin consideración a su edad, a Pensión de Jubilación proporcional correspondiente al tiempo de servicio, así:

- a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.
- b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.
- c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.
- d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.
- e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.
- f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.
- g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.
- h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.
- i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.
- j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.
- k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

El empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

PARÁGRAFO. Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años".

En relación con dicha disposición, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia del 07 de octubre de 2008, rad. 34009, reiterada el 07 de noviembre de 2012, rad. 42807, en la que advirtió lo siguiente:

"Del texto del precepto se desprende que dos son las pensiones de jubilación que consagró para los servidores públicos de los extinguidos Ferrocarriles Nacionales de Colombia: Una, para aquellos servidores, que a la fecha de vigencia del Decreto -8 de abril de 1991, Diario Oficial 39780 de la misma fecha—o hasta que culmine el proceso de liquidación de la entidad -17 de julio de 1992, artículo 8° de la Ley 21 de 1988--, tengan servicios prestados exclusivamente a la empresa por quince (15) o más años y en los porcentajes señalados de acuerdo con el tiempo de servicios superior a dicho número, para la cual no se necesita el requisito de la edad, y la otra --la señalada por el parágrafo--, para los servidores que acumulen servicios prestados a otras entidades y lleven quince (15) o más años de servicio, de los cuales diez (10) por lo menos hayan sido laborados en la empresa, proyectados hasta el 17 de julio de 1992 y tengan una edad superior a los cincuenta (50) años, edad esta que fue modificada por el artículo 3° del Decreto 1651 de 1991, fijándola en cuarenta y cinco (45) años.

Ninguna de las dos pensiones refleja confusión en cuanto a su causación. Para la primera, el requisito del tiempo de servicios debe estar satisfecho, o bien para la entrada en vigencia del citado decreto, o ya para la fecha en que debía culminar el proceso de liquidación, es decir el 17 de julio de 1992. Para la segunda, el tiempo de servicios y la edad deben estar acreditados en una de esas fechas, o sea, cuando entró a regir el decreto o cuando debió culminar el proceso liquidatorio." (Negrillas por la Sala).

Por otra parte, el artículo 7° del Decreto 895 de 1991 también señala que el empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del 75% del salario promedio devengado en los últimos seis meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes, al cumplir 50 años de edad; disposición que en su tenor literal consagra la

posibilidad de gozar de una pensión de jubilación ordinaria, pero única y exclusivamente cuando se arribe a la edad de 50 años.

En ese orden de ideas, la interpretación que surge del apartado normativo en estudio, es que únicamente se causa la pensión plena de jubilación de que trata el Decreto 895 de 1991, cuando se acredita el requisito de la edad de 50 años; recuérdese que se estaría frente a una pensión diferente a la pensión proporcional de jubilación, esto es, una pensión ordinaria o plena de jubilación con unos requisitos propios, como lo son el tiempo de servicio y la edad; interpretación que es similar a la que resulta de la sentencia SL3825-2020, en la que se señaló:

"Claro lo anterior, y dada la vía escogida, no son motivo de controversia entre las partes que: (i) el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales **reconoció a los demandantes la pensión proporcional de jubilación** prevista en el artículo 7.º del Decreto 895 de 1991, modificado por el 3.º del 1651 del mismo año, una vez se retiraron del servicio, y (ii) **que al cumplir la edad de 50 años les otorgó una pensión plena u ordinaria de jubilación**, equivalente al 75% del salario promedio de los últimos 6 meses de servicio.

(...) para la Sala, **las pensiones de jubilación proporcional y plena u ordinaria corresponden a dos prestaciones diferentes** en cuanto a sus requisitos de causación y su forma de liquidación.

En efecto, para acceder a la primera es necesario acreditar 15 años de servicios exclusivos a la entidad, bien para la entrada en vigencia del citado decreto, o para la fecha en que debía culminar el proceso de liquidación -17 de julio de 1992-, sin importar la edad, mientras que para la segunda se debe demostrar 15 años en el sector oficial y 50 años de edad, de los cuales 10 deben ser servidos en forma exclusiva a la empleadora, a la fecha de su liquidación.

También por la forma de liquidación, toda vez que en la última, la tasa de reemplazo es del 75% del promedio salarial de los últimos seis meses, mientras que en la primera es el porcentaje del último salario, pero aplicado de acuerdo con la tabla definida por el artículo 7º del Decreto 895 de 1991, en función del tiempo de servicio a la entidad.

Por ello, surge evidente la equivocación del Tribunal al considerar que se trató del reconocimiento de una sola prestación que, posteriormente, fue reajustada en el porcentaje necesario para completar el 75% de la tasa de reemplazo y, en tal sentido, le asiste razón al impugnante".

Por tanto, para la Sala es claro que no se está en presencia de un reajuste pensional, sino de cara a dos prestaciones distintas en las que se deben acreditar los requisitos de cada una de estas, de manera que para acceder a la primera modalidad, se debe contar con 15 años de servicios exclusivos a la entidad, bien para la entrada en vigencia del citado decreto, o para la fecha en que debía culminar el proceso de liquidación -17 de julio de 1992, sin importar la edad, mientras que para la segunda, ha de demostrarse el arribo a la edad de 50 años de edad, y/o las condiciones que establece el parágrafo del artículo 7° del Decreto 895 de 1991, es decir, la edad referida, así como 15 años de servicios, de los cuales 10 deben ser servidos en forma exclusiva a la empleadora, a la fecha de su liquidación.

DEL CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) Clara Inés Cifuentes Tovar nació el 22 de marzo de 1958 (fl.24).
- ii) Clara Inés Cifuentes Tovar laboró para la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia del 01 de julio de 1974 al 13 de junio de 1991 (fls.12 a 21, y 97 a 107).
- iii) Mediante Resolución 711 de 1991, a Clara Inés Cifuentes Tovar le fue reconocida pensión de jubilación de carácter especial de conformidad con lo establecido en artículo 7° del Decreto 895 de 199, por tener acreditado un tiempo equivalente a 16 años, 9 meses y 19 días (fls. 22 y 23).
- iv) La trabajadora pensionada, Clara Inés Cifuentes Tovar falleció el 05 de mayo de 1999 (fl.25).
- v) Víctor Manuel Salamanca Silva solicitó en nombre propio y de sus hijos, Andrés Camilo y Paola Andrea Salamanca Cifuentes, la sustitución pensional

causada por el fallecimiento de su compañera Clara Inés Cifuentes Tovar (fl.27).

- vi) Mediante Resolución 1111 de 1999 le fue reconocida sustitución pensional al demandante y a sus hijos, por el fallecimiento de Clara Inés Cifuentes Tovar (fls. 28 a 31).
- vii) El demandante los días 01 de agosto de 2007 y el 20 de junio de 2008 solicitó ante la demandada que se aplicara en la pensión que le fue sustituida por Clara Inés Cifuentes Tovar, un porcentaje del 75% (fls.26 y 32).
- viii) Mediante la Resolución 1580 de 2008 le fue negada la solicitud anterior, por cuanto la señora Clara Inés Cifuentes Tovar no logró alcanzar la edad de 50 años (fls. 33 a 35), decisión que fue confirmada al surtirse el agotamiento de la vía gubernativa mediante la Resolución 2008 de 2008 (fls. 36 a 40).

Pues bien. En el caso objeto de estudio, se encuentra que a la señora Clara Inés Cifuentes Tovar, le fue reconocida una **pensión de jubilación proporcional de carácter especial**, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 895 de 1991, al haber alcanzado 16 años, 9 meses, y 19 días de trabajo para el empleador. Dicha prestación se reconoció mediante la Resolución 0711 del 25 de junio de 1991, data en la que la trabajadora contaba con 33 años, 3 meses, y 4 días.

Igualmente se tiene que conforme el artículo 7° del Decreto 895 de 1991 el empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la **pensión de jubilación ordinaria** del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes, al cumplir cincuenta (50) años de edad. Por tanto, y al acogerse el accionante a la pensión de que trata el artículo 7° del Decreto 895 de 1991, era perfectamente posible

que cuando alcanzara la edad de 50 años, pudiera acceder a una pensión de jubilación ordinaria.

Sin embargo, se tiene que, Clara Inés Cifuentes Tovar falleció el 05 de mayo de 1999, por lo que, no alcanzó a cumplir el requisito de edad de 50 años, exigencia que hubiere alcanzado el 22 de marzo de 2008, por manera que, al no cumplir con los requisitos para causar la pensión plena u ordinaria de jubilación, no es dable acceder a la sustitución de tal prestación a favor de su compañero supérstite; recuérdese que, conforme al precedente de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en el caso bajo estudio no se está frente a un reajuste pensional sino por el contrario, nos encontramos de cara a una pensión diferente a la que inicialmente fue reconocida bajo la denominación de *pensión proporcional de jubilación*, por lo que, en tal sentido, le correspondía a la causante acreditar los requisitos para su causación, esto es, la edad y el tiempo de servicios.

De igual manera, téngase en cuenta que el criterio actual de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, es que, el derecho a la pensión plena de jubilación solamente se causa o consolida cuando se satisfacen ambos requisitos, de tiempo de servicios y edad. En sentencia del 13 de abril de 2010, rad. 37998, reiterada en la SL15829-2014, precisó:

“Esta Corporación tiene adoctrinado que la consolidación del derecho a la pensión legal plena de jubilación, sólo se da cuando se reúnen dos (2) requisitos: el tiempo de servicios y la edad exigidos por las correspondientes normas; y por consiguiente, únicamente cuando queden satisfechas ambas exigencias, es posible aseverar que se adquirió la titularidad del derecho, mientras tanto el trabajador con lo que cuenta es con una expectativa de jubilación, tal como lo concluyó el Tribunal.

De ahí que, el demandante cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, estaba en una situación de simple expectativa, por haber cumplido únicamente el requisito del tiempo de servicios, habiéndose en consecuencia consolidado el derecho o causado la pensión plena de jubilación al arribar a la edad de los 55 años, lo que se produjo hasta el día 23 de octubre de 2002”.

Igualmente, en sentencia del 30 de abril de 2013, rad. 40787, puntualizó:

"[...] la Corte ha asentado reiteradamente que cuando una norma prevé que la edad es un requisito de formación, estructuración o nacimiento del derecho pensional, no es dable predicar su existencia sino hasta tanto ésta se hubiere cumplido.

Y ello es así, sencillamente, porque en tratándose de prestaciones pensionales como las de jubilación o vejez, el acceso a cierta edad, que es lo que tiene en cuenta la pensión denominada de vejez, o la de la necesidad de su retiro, que es lo que en últimas se protege con las llamadas pensiones de jubilación, la consideración que las fundamenta es la imposibilidad del trabajador de seguir manteniendo a plenitud las condiciones físicas, biológicas o incluso mentales que exige la vida activa, como la de compensar el esfuerzo laboral cumplido a lo largo de la vida, que fuera de haber provisto la congrua subsistencia del trabajador y su familia, constituye un mínimo de contrapartida al aporte social que produjo con su trabajo. Además, y no menos importante, esta clase de prestación social propugna por preservar, de la manera más próxima, las condiciones particulares de orden social y económico de quien se presume ha dejado de contar con la calidad de trabajador, dando paso a un válido mecanismo social de cambio generacional, en aras él, por supuesto, del mejoramiento productivo y de la distribución de la riqueza. Por eso, las políticas de la seguridad social que orientan los diseños normativos de las pensiones de jubilación y de vejez fijan corrientemente una edad mínima para su reconocimiento, otorgamiento o concesión. Lo cual se justifica sobre la premisa de ser la ley de orden general y abstracta, es decir, sin consideración a las circunstancias físicas, intelectuales o emocionales particulares del trabajador.

En este caso el recurrente no discute, como no lo hizo en su demanda inicial, que el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 previó que "ART: 1. El empleado que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, **tendrá derecho** a que por la respectiva caja de previsión se le pague pensión mensual vitalicia de jubilación", pues allí explícitamente persiguió que la pensión le fuera reconocida "a partir del día 12 de septiembre del año 2001, **fecha en la que cumplió los requisitos de edad** y tiempo de servicios" (folio 3), como tampoco lo desconoce al plantear el alcance de la impugnación extraordinaria, dado que inequívocamente pretende que la dicha pensión le sea reconocida "**desde el 12 de septiembre de 2001**" (folio 10 cuaderno de la Corte), que fue cuando sin discusión alguna cumplió los 55 años de edad. Por suerte que es desde la misma conciencia del hoy recurrente que su pensión nació, se consolidó o estructuró cuando accedió a la edad exigida por el citado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2018-00459 -01
Demandante: **VÍCTOR MANUEL SALAMANCA SILVA.**
Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

precepto de la Ley 33 de 1985, y no antes, como a lo largo de los dos cargos infructuosamente lo alega”.

Lo que significa, que al no consolidar ni estructurar el derecho antes de su muerte la causante no podía transmitirlo a través de la sustitución pensional.

Por otra parte, se hace necesario aclarar que en el caso en estudio no resulta procedente aplicar el artículo 1° de la Ley 12 de 1975, norma que dispone:

“ARTÍCULO 1°.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas. Ver Ley 113 de 1985 A quién se entiende como cónyuge supérstite); artículos 47, 54 y 56 del Decreto Nacional 1045 de 1978 Ley 33 de 1973 Ley 44 de 1977 y artículo 3 Ley 71 de 1988”

Lo dicho, por cuanto la habilitación de la edad de que trata la norma en comento no contempla la posibilidad de aplicarla a pensiones de jubilación con un régimen especial; recuérdese que las prestaciones del Decreto 895 de 1991, nacieron durante el término de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, tal y como se logra entrever del artículo 7° de la normatividad en cita, y que fue por tal situación que se contempló que esta prestación tenía un carácter especial, señalándose únicamente que se asimilaran a las pensiones vitalicias de jubilación, por lo que no se puede predicar que son iguales. Al punto, el artículo 10 *ejusdem* señala:

“ARTÍCULO 10. Las pensiones especiales establecidas en este Decreto se asimilarán y sustituirán a la pensión vitalicia de jubilación y se liquidarán con base en el promedio del salario devengado durante los últimos seis (6) meses de servicio en la Empresa”.

Aunado a lo anterior, la Ley 12 de 1975 está referida a particulares, empleados o trabajadores del sector público que sus respectivos empleadores no hubieren efectuado aportes a pensión o que no disfrutaran de una prestación pensional como consecuencia de la labor que les prestaron a éstos. En efecto, en sentencia SL2702-2021, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“Sabido es que para adquirir el derecho a la pensión de vejez es necesario acreditar la edad y semanas de cotización, requisitos que varían de acuerdo con la normatividad que regule cada caso, por lo tanto, la razón no acompaña a la censura cuando descarta la edad y, se centra solo en el número importante de cotizaciones que hizo el afiliado, con las que asevera resultaban suficientes para que la pensión de sobrevivientes se concediera bajo la premisa de que la de vejez era un hecho cierto o derecho adquirido, ya que, como se dijo, la edad también es una exigencia que se debe satisfacer para poder conceder esa prestación.

En relación con la habilitación de la edad, cumple advertir que la sentencia CSJ SL15829-2014, que alude la censura, pese a que se refirió a ese tópico, allí se negó su procedencia. Al efecto, indicó esta Corporación en la decisión referenciada:

“Como en el asunto bajo examen es un hecho indiscutido que el causante estaba afiliado a la seguridad social, concretamente a CAJANAL, que incluso reconoció la pensión de sobrevivientes a los demandantes, no es posible dar aplicación a la L. 12/1975 para efectos de habilitar en este caso el requisito de la edad y conceder la sustitución de la pensión de jubilación especial en los mismos términos que aquél hubiere podido adquirir la prestación de no haberse producido su deceso.

En tales circunstancias, en esta oportunidad no se alcanzó a consolidar el derecho a la pensión especial prevista en el D. 546/1971 art.6°, ya que si bien el causante tenía los 20 años de servicios en la rama judicial y la Fiscalía General de la Nación, no completó la edad exigida de los 55 años, lo cual trae consigo que no se transmita ninguno de los beneficios reclamados por los accionantes con fundamento en el régimen de transición del causante en la forma sugerida en el cargo, concretamente en lo que atañe al monto de la prestación, que como se verá más adelante difiere al que por ley corresponde a la pensión de sobrevivientes reconocida por CAJANAL a los causahabientes del servidor judicial”. (Subrayado por la Sala).

Así mismo, ha señalado la Sala de Casación Laboral que, para que haya lugar a reconocer la pensión de jubilación de que trata la Ley 12 de 1975, se debe acreditar un mínimo de 20 años de servicios, pues tal término es el consagrado en las disposiciones legales y convencionales que rigen la materia; no obstante, en el *sub lite*, no se logró demostrar tal cantidad de tiempo de servicios, pues únicamente obra prueba del tiempo laborado ante los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia que equivalen a 16 años, 9 meses, y 19 días. Sobre el tópico, en sentencias SL1848-2021, adujo:

“En relación con esta disposición y al resolver casos similares al presente, esta Corporación ha establecido, entre otras, en las sentencias CSJ SL1339-2020 y CSJ 5244-2019 que la norma se refiere al *«[...] tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas, que corresponde a 20 años de servicio»*.

En esa medida, para acceder al derecho en virtud de la norma referida, el causante debió acreditar 20 años de servicios, los cuales, como ya quedó demostrado, no completó. Por consiguiente, el reconocimiento de la prestación económica solicitada no es procedente, toda vez que el afiliado, con anterioridad a su fallecimiento, no cumplió con el número de cotizaciones requeridas”.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Demandante: **VÍCTOR MANUEL SALAMANCA SILVA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

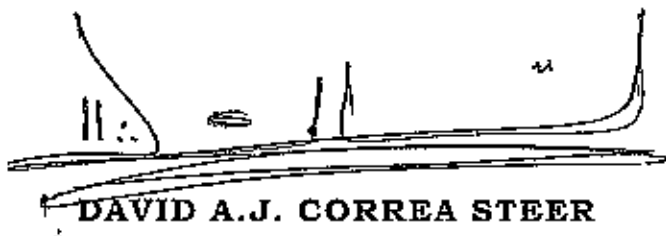
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS DAVID RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ** promoviese contra **BIO ENVASES S.A.S. Y ARTPRINT LTDA. EN LIQUIDACIÓN.**

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo con ARTPRINT LTDA., que hubo continuidad laboral al pasar a la empresa BIO ENVASES S.A.S., que se presentó un desmejoramiento en sus condiciones laborales al pasar de una empresa a otra; y que su salario era la suma de \$1'400.000. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reajuste de sus cesantías, intereses

a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a seguridad social; indemnización por despido indirecto; indemnización moratoria; y reintegro de lo descontado arbitrariamente por concepto de prima y compra de tiquetes a un viaje a México.

2. HECHOS

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta: **1)** Suscribió un contrato de trabajo con **ARTPRINT LTDA.**, el 22 de febrero de 2013, no obstante, terminó el 12 de marzo de 2013 y solo el 10 de febrero de 2014, por depósito judicial consignó la liquidación de prestaciones sociales; **2)** El 12 de marzo de 2013 **ARTPRINT LTDA.** le notificó que su nuevo empleador era la empresa **BIO ENVASES S.A.S.**, pero siguió ocupando el mismo cargo y funciones, en las mismas instalaciones y bajo subordinación de las mismas personas; **3)** Inició a laborar con **BIO ENVASES S.A.S.**, el 13 de marzo de 2013 y terminó el 31 de diciembre de la misma anualidad, suscribiéndose un nuevo contrato el 01 de enero de 2014; **4)** El objeto de suscribir un nuevo contrato de trabajo fue ocultar la evidente continuidad laboral y desmejorarlo salarialmente, pues su remuneración quedó en la suma de \$600.000; **5)** El 20 de enero de 2014, presentó renuncia motivada por el constante acoso laboral por su constante descalificación como profesional, tratamiento hostil en presencia de sus compañeros de trabajo, y las constantes amenazas de despido; **6)** Durante el transcurso de la relación laboral viajó a México por órdenes de **BIO ENVASES S.A.S.**, siéndole notificado al momento de la liquidación de sus prestaciones sociales que, por tal periodo le sería descontado el valor de los tiquetes; **7)** En la liquidación de su contrato de trabajo, se presentó la retención de su prima de servicios; **8)** El 10 de febrero de 2014, **ARTPRINT LTDA.** consignó por concepto de prestaciones sociales la suma de \$198.906, y **BIO ENVASES S.A.S.** la suma de \$152.778; y **9)** El 01 de septiembre de 2014 y el 01 de septiembre de 2015, el demandante citó a **ARTPRINT** a conciliación ante el Ministerio del Trabajo, no obstante, no se pudieron realizar ante la no comparecencia del representante legal de la demandada.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

BIO ENVASES S.A.S. (fls. 65 a 78), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo debido, inexistencia de la obligación, buena fe, y falta de legitimación por pasiva.

Aceptó que le notificó al accionante que por su viaje a México le iba a descontar del salario el valor de los tiquetes; y que de la liquidación final de prestaciones sociales descontó la prima de servicios.

Expuso que el demandante suscribió un contrato a término fijo inferior a un año, a partir del 14 de marzo de 2013; que el viaje que realizó éste a México no fue consecuencia de sus instrucciones; que el actora autorizó el descuento del valor de los tiquetes, pues estos fueron otorgados en calidad de préstamo; que el contrato de trabajo de 2014 terminó por renuncia elevada por el trabajador; y que nunca efectuó conductas de acoso contra el demandante.

3.2. DESISTIMIENTO.

Mediante memorial del 30 de octubre de 2018, se **desistió de la demanda contra ARTPRINT LTDA. EN LIQUIDACIÓN** (fl.104), lo que fue aceptado a través de auto del 15 de febrero de 2019 (fl.107).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que en virtud del principio de la realidad los conceptos de incentivo de productividad devengados por el actor durante la vigencia del contrato de trabajo con **BIO ENVASES S.A.S.** constituyen factor salarial.

Demandante: **CARLOS DAVID RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ.**

Demandado: **BIO ENVASES S.A.S. Y ARTPRINT LTDA. EN LIQUIDACIÓN.**

SEGUNDO: CONDENAR a BIO ENVASES S.A.S. a pagar al actor los siguientes conceptos:

1. \$684.444 por diferencia de cesantías.
2. \$61.740,29 por diferencia de intereses a las cesantías.
3. \$684.444 por diferencia de prima de servicios.
4. \$342.222,22 por diferencia de vacaciones compensadas.
5. \$481.667 por descuento no autorizado realizado en la liquidación de prestaciones sociales.
6. Los intereses moratorios desde el 20 de enero de 2016, sobre las sumas debidas por las prestaciones sociales, y el descuento, esto es, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y el descuento no autorizado, liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se verifique el pago.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar la indemnización por despido injusto, al haberse acreditado el despido indirecto, la cual asciende a la suma de \$12'693.333.

CUARTO: CONDENAR a BIO ENVASES S.A.S. a que la suma de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa sean indexadas al momento del pago.

QUINTO: CONDENAR a la demandada pagar al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el actor las diferencias de las cotizaciones obligatorias causadas entre el 13 de marzo de 2013 hasta el 20 de enero de 2014, junto con el interés moratorio (art.23 Ley 100 de 1993), desde la fecha de exigibilidad de cada uno de los aportes y hasta el momento en que se verifique el pago total de la obligación, tal y como se explicó en la parte motiva y que, se reiteran, marzo de 2013 la suma de \$357.283, mes de abril, \$574.500, y de mayo de 2013 a enero de 2014, la suma de \$630.500.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$800.000, como agencias en derecho.

OCTAVO: DENEGAR las demás pretensiones incoadas en la demanda, como la sustitución procesal.

En síntesis, refirió que del acervo probatorio es dable desprender que si bien existía una relación entre ARTPRINT LTDA. y BIO ENVASES S.A.S., también lo es que para que se pueda constituir una sustitución patronal, es necesario que el trabajador siga ejecutando el mismo contrato, no obstante, el contrato con ARTPRINT LTDA. terminó y fue liquidado el 12 de marzo de 2013, celebrándose a partir del día siguiente, un nuevo contrato de trabajo con BIO ENVASES S.A.S.

En cuanto al salario indicó que si bien sobre el incentivo de productividad existe un pacto de exclusión salarial está acreditado que se pagaba como contraprestación del servicio, lo que se puede colegir de la contestación de la demandada, de la testigo Lorena Patricia Vargas Quevedo, y del carácter constante con el que se pagaban estos emolumentos; y que por

establecerse que el incentivo de productividad es salario, hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión.

Adujo que dentro del plenario está acreditado que el demandante autorizó el descuento de la suma de \$1'774.921 a partir del 20 de enero de 2014, por lo que resulta entendible se hiciera la correspondiente deducción con la liquidación final de prestaciones sociales; y que no obstante lo anterior, no aparece autorización para el descuento de la prima de servicios por parte del actor, por lo que dicho valor sí debe ser devuelto a su favor.

En cuanto a la indemnización moratoria, adujo su procedencia, ya que, en el proceso no se avizora justificación alguna del empleador de no pagar el incentivo de productividad como salario, pues con ello lo que se hace es disminuir los derechos laborales que le asisten al demandante; que al presentarse la demanda, luego de transcurrido dos años, hay lugar al pago de intereses moratorios sobre las prestaciones sociales y el descuento no autorizado; y que por lo dicho, las vacaciones se deben pagar indexadas.

Concluyó expresando que está acreditado que se presentó un despido indirecto, como quiera que de la contestación de la demanda y de la declaración de la testigo Lorena Patricia Vargas Quevedo se logra desprender que la renuncia presentada por el actor fue como consecuencia de una presión ejercida por el empleador, y fue sugerida por éste; que el contrato de trabajo del demandante debió finalizar el 12 de octubre de 2013, por lo que, faltaba para terminar el contrato de trabajo 272 días, de modo que, la indemnización equivale a \$12'693.333; y que la suma referida se debe pagar debidamente indexada.

5. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó si bien está de acuerdo con la sentencia, se debe revisar la parte atinente a la sustitución patronal.

BIO ENVASES S.A.S.

Señaló que en el artículo 128 del C.S.T. se señalan los factores no constitutivos de salario, la posibilidad de celebrar pacto de exclusión salarial; que el artículo 1602 del C.C. establece que el contrato es ley para las partes, lo que queda corroborado con los diferentes acuerdos que se realizaron, los que se efectuaron con una persona capaz, por demás que brindó su consentimiento, el objeto y la causa es lícita; que es

completamente equivocado que la permanencia en el pago de un suma, la convierta en salario; que de las pruebas no se puede establecer que el incentivo de productividad es salario, pues únicamente se allegaron unos documentos y compareció un testigo; que la ley no exige que se establezca por escrito o a través de un manual, la desalarización de un rubro; y que por lo anterior, no resulta procedente el reajuste de prestaciones sociales ni de aportes a pensión.

Adujo que la indemnización moratoria no es automática, por demás que la buena fe se presume, lo que no quedó desmentido a lo largo del proceso.

Finalmente, expresó que el trabajador renunció, y que no existe prueba alguna de la que se pueda desprender que se presentó un despido indirecto, pues la conclusión a la que se arribó por parte del Despacho, fue únicamente por el dicho del actor.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

II. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **los problemas jurídicos** se circunscriben a determinar en primer lugar, si existió sustitución de empleadores entre ARTPRINT LTDA. y BIO ENVASES S.A.S.; en segundo lugar, si el rubro denominado incentivo de productividad es salario; si finalmente si aconteció el despido indirecto y si hay lugar al pago de indemnización moratoria.

SUSTITUCIÓN DE EMPLEADORES.-

La **sustitución de empleadores** se presenta cuando se cambia de empleador, de titular de la empresa, sin que el establecimiento cambie de identidad, de manera tal que se no efectúa modificación de las actividades o negocios esenciales, y se continúan con las actividades empresariales.

Sobre el tópico, el artículo 67 del C.S.T. establece:

“ARTICULO 67. DEFINICION. Se entiende por sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

Ahora bien, explica la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que una lectura literal del citado artículo conduciría a establecer que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa (cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc.), y la subsistencia de la identidad del negocio. Sin embargo, la jurisprudencia desde antaño ha introducido un tercer elemento que es la continuidad en la

prestación del servicio, el cual está implícito en la noción de “*sustitución de patronos*”. Al respecto valga recordar lo dicho en providencia del 24 de enero de 1990, rad. 3535, reiterada en las sentencias SL3003-2020 y SL1751-2021, que al efecto precisó:

“Reiteradamente la Corte ha exigido para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo”. (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, Sent. ene. 24/90, Rad. 3535. Destaca la Sala.)”

Y en la sentencia SL1943 de 2016, reiteró el invariable criterio jurisprudencial que de vieja data ha establecido respecto a que para que pueda pregonarse una sustitución patronal, es preciso verificar tres elementos a saber: (i) el cambio de un patrono por otro; (ii) la continuidad de la empresa o identidad del establecimiento y (iii) la continuidad de servicios del trabajador, **mediante el mismo contrato de trabajo**) Así quedó dicho:

“(…) de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte es esencial al fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan determinadas condiciones. “Para que se opere la sustitución de patronos, dijo la Corte, es necesario que concurren tres requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio. **Y no ocurre este último requisito, dejándose de producir, por consiguiente, la sustitución de patronos, cuando el trabajador acuerda con el antiguo patrono la terminación de su contrato y seguir prestando sus servicios al nuevo patrono, en ejercicio de un nuevo contrato, lo cual no quebranta ningún régimen legal.**

Si bien es cierto que uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho de que el trabajador siguió laborando en la empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato, esto es, que la relación jurídica se hallaba vigente respecto al patrono sustituido para que el sustituto lo recibiera con las consecuencias que la ley previene”. (Sent. abr. 16/56, Rev. D del T., vol. XXIII, núms. 136-138, pág. 152).

Y es que la institución de la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa. Por consiguiente, cuando existe o media la sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono. Por eso, no puede haber solución de continuidad entre el contrato

de trabajo que rigió entre el trabajador y el sustituido, respecto del contrato de trabajo que pueda haber entre aquél y el sustituto. **De allí que una continuidad de servicios del trabajador, pero mediante distinto contrato con el nuevo patrono, no configura el fenómeno de la sustitución patronal**". (CSJ, Cas. Laboral, Sent., feb.11/81). Destaca la Sala.

En este mismo sentido se encuentra, entre otras, la sentencia CSJ SL del 24 de enero de 1990, No. 3535, a saber:

Reiteradamente la Corte ha exigido para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) **la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo**". (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, Sent. ene. 24/90, Rad. 3535, M.P. Jacobo Pérez Escobar). Destaca la Sala."

Del salario y los factores integrantes del mismo.

El salario es la remuneración o pago que recibe el trabajador en el contrato de trabajo como contraprestación por sus servicios. El concepto de salario tiene relevancia porque no todo pago se considera salario, y ello tiene un efecto importante en el reconocimiento de algunos derechos del trabajador como prestaciones sociales, indemnizaciones y seguridad social.

Al respecto, el artículo 127 del C.S.T., establece:

"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones".

Por su parte, el 128 del C.S.T., señala:

"ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario

en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

Frente al entendimiento del artículo 128 del C.S.T. es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos, por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que **no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes**, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras; en la última sentencia citada se dijo:

“En sentencia CSJ SL403-2013, sobre este tipo de acuerdos, la Sala explicó:

«Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.» Y más recientemente, en sentencia CSJ SL1798-2018, sostuvo:

«[E]s necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas

(...) De manera que si emerge la duda sobre los pagos que hacen parte del pacto de exclusión salarial, como se explicó en la sentencia CSJ SL1798-2018, tal situación se resuelve en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos, el estipendio económico es retributivo del servicio, y por lo tanto, con incidencia prestacional». (Negrillas por la Sala).

Igualmente, y frente a la habitualidad, no sobra recordar que las condiciones en que se paga un emolumento, entre ellas, su habitualidad o periodicidad, su no entrega gratuita o libre y su vocación de acrecentar los ingresos del trabajador, pueden permitir concluir al juzgador que estaba dirigido a retribuir directa e inmediatamente el servicio prestado

“Es que la calidad de salario no surge del calificativo que se le dé a los pagos entregados al trabajador, su denominación por sí sola no evidencia su carácter, ni tampoco se pierde por el hecho de haberse acordado que determinada erogación no la tiene, si en efecto por su habitualidad y esencia, se reitera, la misma retribuye el servicio del trabajador; así lo precisó la Sala en sentencia SL8216 – 2016 del 18 de may. 2016 rad. 47048, al decir:

Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante.

En efecto, vistos sin mayores elementos de juicio las condiciones de ese pago, entre ellas, su habitualidad o periodicidad, su no entrega gratuita o libre y su vocación de acrecentar los ingresos del trabajador, permiten concluir que estaba inequívocamente dirigido a retribuir directa e inmediatamente el servicio prestado.

De la terminación del contrato de trabajo – despido indirecto.

El despido indirecto o auto despido, es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral con fundamento en una justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador; decisión que en cumplimiento del artículo 62 del C.S.T. debe ser puesta en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral. Así lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 26 de junio de 2012, Rad. 44155 reiterada en la SL1082-2020:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: *«El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST»*.

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato”.

Ahora bien, en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de un despido indirecto, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia establecida en el artículo 64 del C.S.T. modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la carga de la prueba se invierte de manera que, a la parte actora, además de demostrar la renuncia, le corresponde acreditar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador, sentencias SL14877-2016 y SL16373-2017:

“El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque si bien en principio se ha señalado que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (fls. 99 a 102).

Así las cosas, en el *sub lite*, se tiene que al actor -al tenor de lo dispuesto en la citada norma legal- le correspondía demostrar además de la renuncia, el *«incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales»*, que fue precisamente lo que el *ad quem* echó de menos tanto en la carta de despido como en las pruebas que para tal fin aportó Moya Franco”.

DEL CASO EN CONCRETO.

No son motivo de controversia, y por lo tanto están probados los siguientes hechos:

- i) La suscripción de un contrato de trabajo a término fijo entre el demandante RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ y la sociedad **BIO ENVASES S.A.S** para que desempeñara sus funciones como Jefe de Diseño y Desarrollo del 13 de marzo al 05 de mayo de 2013 (fls. 79 a 83).
- ii) El salario pactado, que ascendió a la suma de \$600. 000.00 mensuales (fl 79 a 83)
- iii) La afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral SGSSSI- por parte del empleador, en la que se reportó como ingreso base de cotización - IBC - un salario promedio de \$840.000.00.
- iv) La citación a descargos por parte de BIO ENVASES SAS al trabajador el día 03 de mayo de 2013, por hechos presuntamente ocurridos el 11 de abril de 2013, hechos que según se afirma en la citación a descargos, generaron a la empresa pérdidas por valor de \$9'860.385 (fl.15).
- v) Respuesta a los descargos por parte del trabajador demandante con fecha 28 de mayo de 2013, (fl.16).
- vi) Una nueva citación a descargos al trabajador el 14 de enero de 2014, por haber presuntamente incurrido "en una falta de respeto con el área comercial y la gerencia general, al no cumplir con las tareas propuestas en el tiempo determinado" (fl.17).
- vii) Respuesta del demandante a los descargos referidos con fecha del 17 de enero de 2014, (fls. 18 y 19).
- viii) La renuncia al empleo por parte del demandante el 20 de enero de 2014, motivando su terminación, como se señalará más adelante (fl.23).
- ix) La aceptación de la renuncia por parte de **BIO ENVASES S.A.S.**, el 30 de enero de 2014, informando que las afirmaciones realizadas eran falsas y que en ningún momento se configuraron prácticas de acoso laboral (fl.24).
- x) **ARTPRINT LTDA.** liquidó las prestaciones sociales del periodo del 22 de febrero al 12 de marzo de 2013 (fl.20).
- xi) **BIO ENVASES S.A.S** liquidó las prestaciones sociales de los periodos del 13 de marzo al 31 de diciembre del 2013, y del 01 al 20 de enero de 2014 por (fls 21 y 22).

- xii)** El pago al demandante adicional al salario mensual, de un incentivo por productividad de alrededor de \$400.000, el que además era habitual, según se desprende de los comprobantes de nómina visibles a folios 112 a 132.

Así mismo, en el período probatorio se recibió la declaración de la testigo **Lorena Patricia Vargas Quevedo**, quien manifestó que en el año 2014 era la jefe financiera y administrativa de **BIO ENVASES S.A.S.**; que estuvo vinculada durante cinco años, a través de diferentes formas, por cooperativa trabajando para **ARTPRINT LTDA.**, directamente para esta empresa, y para **BIO ENVASES S.A.S.**; que tuvo conocimiento de que el actor tuvo un cambio de contrato de **ARTPRINT LTDA.** a **BIO ENVASES S.A.S.** por temas de prestaciones sociales, porque la primera no había pagado salud y pensión, y tomaron la decisión de que en octubre del 2012 se pasaran todos los empleados a **BIO ENVASES S.A.S.**; que el salario del actor, en el primer contrato era de un \$1'400.000 y cuando se pasó a **BIO ENVASES S.A.S.**, se negoció sobre el salario mínimo y una bonificación que daría el total de \$1'400.000; y que esto se hacía para reducir el valor de aportes.

Pues bien. Evaluada la prueba arrimada al proceso, la Sala concluye que en forma alguna se estructuran los elementos fácticos en los que se pueda afincar la existencia de una **sustitución de empleadores**.

En efecto, para determinar si existió una sustitución de empleadores entre **ARTPRINT LTDA.**, y **BIO ENVASES S.A.S.**, siguiendo los lineamientos tanto de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como de la H. Corte Constitucional es necesario que aparezcan acreditados los siguientes presupuestos: el cambio de un patrono por otro; la continuidad de la empresa; y la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo.

Al punto, la Sala no encuentra con las pruebas arrimadas al plenario la **continuidad de los servicios del trabajador**. En primer lugar debe advertirse que ni siquiera existe prueba de la existencia de una relación contractual laboral entre el demandante y la sociedad **ARTPRINT**; y menos

se acreditó la prestación personal del servicio por el demandante en favor de la misma. Y si bien a las diligencias se arrimó historia laboral de la AFP PROTECCIÓN S.A., donde se registran cotizaciones por dicha empresa a nombre del actor entre agosto de 2011 y diciembre de 2012 (40 a 43) así como la consignación judicial en el Banco Agrario de presuntas prestaciones sociales por parte de dicha sociedad, lo cierto es que ello per se no hace presumir la existencia del contrato de trabajo, cuya prueba esencial lo es la acreditación de la prestación personal del servicio.

En gracia de discusión , si dichas pruebas fuesen suficientes para el propósito de la demanda, debe decirse que en todo caso de ellas no pueden deducirse claramente los extremos temporales o en el mejor de los casos conforme la historia laboral de la AFP PROTECCIÓN S.A., lo serían entre agosto de **2011 y diciembre de 2012** (fls 40 a 43) lo que denota la evidente interrupción de la prestación de servicios por cuanto la prueba arrimada al plenario da cuenta del inicio de la relación laboral del demandante con **BIO ENVASES S.A.S.**, el **13 de marzo de 2013**.

Adicionalmente, tampoco se estima que se hubiera presentado un **cambio de patrono**, pues para que se presentara tal situación era necesario que se acreditara la variación en la titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica por cualquier causa, como por ejemplo, que se hubiere presentado cesión, venta, arrendamiento, fusión, escisión, permuta, sucesión por causa de muerte, etc., no obstante, en el caso, no se encuentra acreditado que **BIO ENVASES S.A.S.**, hubiese adquirido la titularidad de **ARTPRINT LTDA.**

Del mismo modo, no se configura la **continuidad de la empresa**, esto es, que la unidad de explotación económica continuó en sus elementos esenciales a pesar del cambio del titular, puesto que como quedó dicho no hubo modificación en la titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica de explotación, razones por las que en el punto **SE CONFIRMARÁ** la sentencia venida en apelación.

Por otra parte, y en relación con el **incentivo de productividad como salario**, comparte la Sala el criterio esbozado por la A Quo; ciertamente, y

contrario a lo que expuso el apoderado de la parte demandada, y de conformidad con la jurisprudencia tarida a colación por la Sala, el elemento que necesario que aparezca acreditado es que el rubro esa pagado como consecuencia de una contraprestación del servicio, puesto que no pueden las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de lo qué es salario.

En el *sub examine*, observa la Sala que no se hace mención del objeto del pago denominado incentivo por productividad de cara a las funciones asignadas al trabajador, caso en el que es dable acudir a elementos como la habitualidad y la periodicidad, circunstancia esta que sí aparece acreditada en el plenario en la que se avizora que tal pago se efectuaba mensualmente a favor del trabajador, por lo que es dable desprender en tal escenario, que tal pago tenía como fin acrecentar los ingresos del trabajador, así como contraprestar sus servicios, máxime si se tiene en cuenta que por la sola denominación del rubro “incentivo por productividad”, se puede desprender que su pago estaba ligado a la labor que ejecutara el accionante con ocasión a la producción que lograra en la prestación de sus servicios, razones por las que **SE CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia en el punto de apelación.

Ahora, y en lo referente al **despido indirecto**, acude en primer lugar la Sala a las razones que manifestó el demandante para dar por terminado el contrato de trabajo. Al respecto, tenemos lo siguiente:

“Me permito presentar mi renuncia motivada con base en la exigencia de la presente formulada el 17 de Enero de 2014, por el Gerente General Hugo Mauricio Tibabuzo quien en forma reiterada y aparentemente cortés pero amenazante expreso frete (sic) a la jefe de Recursos Humanos que: “presente su renuncia al cargo de JEFE DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO o tomare la decisión correspondiente”, frente a su petición le pregunte forma reiterada si era su deseo que presentara mi renuncia a lo cual respondía que sí. Incurriendo así en la causal 2 literal B del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo.

En diferentes reuniones me manifestaba en forma hostil que yo carecía de profesionalismo, en forma recurrente descalificaba las opiniones que yo aportaba así mismo en una reunión de áreas puso en tela de juicio mi honestidad para determinar los indicadores de productividad de mi área a cargo, sin prueba alguna de sus acusaciones que a la fecha nunca fueron auditadas. Estas actuaciones causaron un entorno laboral hostil para mí en la empresa corroborando así la conducta de acoso de la que he venido siendo víctima en esta empresa particularmente en los literales c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en

presencia de los compañeros de trabajo; d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros; y f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo, del artículo 7 de la Ley 1010 de 2016.

Siendo así las cosas y frente a la coacción a la que soy sometido expreso la necesidad de renunciar a mi cargo a partir de la fecha”.

Pues bien, del análisis del acervo probatorio encuentra la Sala que ciertamente existe prueba de que el demandante no suscribió su carta de terminación de forma libre y espontánea, en efecto, la testigo, **Lorena Patricia Vargas Quevedo**, declaración que la Sala encuentra clara, coherente e hilvanada, además con conocimiento directo de los hechos que conllevaron la terminación del contrato, manifestó que al actor le hicieron un llamado de atención por parte del gerente, Hugo Tibabuzo; que este no estuvo conforme con las respuestas dadas en descargos por el actor, por lo que le solicitó que presentara su carta de renuncia; que el demandante dijo que no iba a hacer eso, a lo que el señor Hugo Tibabuzo respondió que no trabajara más, de manera que, lo sentó en recepción, y le manifestó que no le iba a pagar nada para ver quien se cansaba primero; que el demandante estuvo toda la tarde sentado; que estuvo en la diligencia de descargos, y ahí el Gerente le dijo que sus razones no eran suficientes, y le pidió que pasara su carta de renuncia; y que el demandante presentó su carta de renuncia porque ya no tenía otra opción.

De esta manera, nótese como el empleador incurrió en tratos degradantes contra el demandante, recuérdese que el ejercicio del poder subordinante del empleador no lo legitima para menoscabar los derechos fundamentales del trabajador, pues la Constitución, la ley y los principios determinantes del derecho del trabajo, le impiden incurrir en conductas que puedan ir en contravía de la dignidad de su trabajador, así como tampoco desplegar actos tendientes a obligarlo a presentar una carta renuncia o ejecutar actos perturben su ambiente laboral, pues si el empleador considera que tiene razones para dar por terminado un vínculo laboral, puede hacerlo de conformidad con las causas que la ley determina. Por las breves razones expuestas la Sala CONFIRMARÁ la condena por despido injusto.

Finalmente, frente a la indemnización moratoria, se hace necesario remorar que es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Sobre el tópico, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la SL16884-2016 y la SL3071-2018, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

Dicho lo anterior, la Juez de Primera Instancia impuso la sanción en estudio como consecuencia de no haberse tenido en cuenta para liquidar las prestaciones sociales el incentivo de productividad.

En efecto, la Sala comparte la decisión tomada por la A Quo, pues de las pruebas militantes en las diligencias no es dable establecer por qué **BIO ENVASES S.A.S.**, se abstuvo de pagar en debida forma las prestaciones sociales de su trabajador, no se entiende como un pago que era periódico y habitual, e inclusive superior (\$800.000) a la asignación básica mensual (\$600.000) no tuvo carácter salarial, más aún cuando se pagaba por

concepto de *productividad*, lo que de suyo, por definición hace relación con la capacidad de producción del accionante, circunstancia que está inexorablemente ligada a la prestación de sus servicios.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

III. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

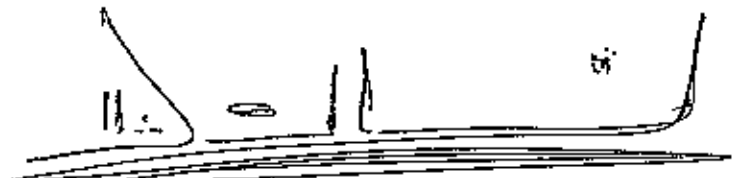
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

8

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00292 -01
Demandante: **ORLANDO RODRÍGUEZ GARCÍA.**
Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ORLANDO RODRÍGUEZ GARCÍA** promoviese contra **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** del 01 de enero de 1995 al 11 de agosto de 2017; y que fue despedido sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías; intereses sobre las cesantías; prima de servicios; sanción por no consignación de las cesantías; sanción por no pago de intereses a las cesantías; indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; aportes a pensión o el 75% de su valor; aportes a salud y riesgos laborales; e indexación.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Ingresó a prestar sus servicios personales a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** el 01 de enero de 1995; **2)** Prestó sus servicios como Coordinador Académico, Coordinador de Extensión Cultural, Rector Académico, Decano Académico, Secretario Académico, y Asesor en el Área de Dirección; **3)** Desarrolló su labor de manera personal, bajo continua subordinación y dependencia, cumplía horario de trabajo, acataba órdenes e instrucciones, y usaba las herramientas suministradas por la fundación; **4)** Devengó como último salario \$14'658.000; **5)** La demandada no le pagó las acreencias laborales que pretende, así como tampoco lo afilió a seguridad social integral; y **6)** El 18 de febrero de 2016 solicitó el pago de sus acreencias laborales.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada, la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** (fls. 271 a 286), contestó en los siguientes términos:

Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, y compensación.

Aceptó que el demandante presentó reclamación el 18 de febrero de 2016 solicitando el pago de sus acreencias laborales.

Indicó que su actuación siempre ha estado regida por el principio de la buena fe; que a partir de la Resolución 1702 del 10 de febrero de 2015, entró en proceso de intervención, de manera que a partir de ese momento quedaron suspendidos los pagos de las obligaciones a su cargo, y los ingresos que tuvieron quedaron dirigidos a prestar un servicio de educación de calidad; que la indemnización moratoria únicamente puede reconocerse hasta el momento que tuvo capacidad de pago; que las acreencias laborales del actor están afectadas por el fenómeno de la prescripción.

En último término, expuso que en todo caso, debe tenerse en cuenta que el demandante no estaba bajo subordinación; y que la imposición de un horario tiene como único fin el cumplimiento del objeto contractual.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 1995 al 11 de agosto de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, y no probadas las demás.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al reconocimiento y pago a favor del actor, las siguientes sumas de dinero:

1. Cesantías, la suma de \$172.240.480.
2. Intereses a las cesantías, la suma de \$7.649.402.
3. Prima de servicios, la suma de \$63.745.022.
4. Indemnización por el no pago de intereses a las cesantías, la suma de \$7.649.402.
5. Indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la suma de \$574.682.960.
6. Sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, la suma de \$339.071.760, más los intereses moratorios por las prestaciones sociales causados desde el 12 de agosto de 2019 y hasta que se verifique el pago.
7. Indemnización por despido sin justa causa, la suma de \$136.197.748.

CUARTO: CONDENAR a la parte demandada a cancelar la diferencia de los aportes al sistema de seguridad social teniendo en cuenta los salarios aquí declarados, así como a pagar el cálculo actuarial de los meses que no aparezcan reflejados durante la vigencia de la relación laboral declarada, esto es, desde el 1 de enero de 1995 hasta el 11 de agosto de 1998.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada a favor del demandante en la suma de \$12.803.561.

Como fundamento de su decisión el A Quo adujo, en síntesis, que de conformidad con los documentos obrantes en el expediente, tales como los contratos y las certificaciones, se logra establecer que el demandante prestó su servicios a la demandada; que la accionada no logró desvirtuar el elemento de la subordinación, por el contrario, al plenario se arrimaron documentales que dan cuenta que el actor en el desarrollo de sus funciones estuvo sometido a subordinación, tales como memorandos, solicitudes e informes, lo que se ratificó en interrogatorio de parte, prueba de la que también se logra extraer que el actor tenía un horario de trabajo, y que debía estar pendiente del desorden administrativo que tenía la universidad.

Agregó que no existe prueba de la que se logre establecer cuál era necesidad de cambiar la contratación laboral del actor a una de tipo civil, más aún cuando fue de manera continua y había un ánimo de contar con sus servicios de forma indefinida.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00292 -01
Demandante: **ORLANDO RODRÍGUEZ GARCÍA.**
Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

Manifestó que el salario del actor se toma de las certificaciones allegadas a juicio, pues estos se presumen ciertos; que frente al salario de 1999 se toma el salario mínimo legal mensual vigente, ya que no obra prueba de su valor; que para 2008 y 2009 se toma la suma de \$9'158.000, pues con esta suma se corrigió el valor de los honorarios certificados anteriormente; que en los periodos que no aparecen los honorarios, tomaría los de las planillas, de manera que los salarios son los siguientes: 1998: \$1'209.000; 1999: salario mínimo; 2000: \$3'600.000 (enero) y \$2'960.000 (febrero a diciembre); 2001 y 2002: \$6'658.000; 2003 y 2004: \$9'158.000; 2005: \$6'658.000; 2006, 2007 y 2008: \$9'158.000; 2009: \$6'852.000; 2010: \$6'658.000 (enero) y \$7'058.000; (febrero a diciembre) 2011: \$9'558.000; 2012 y 2013: \$14'658.000; 2014: \$12'158.000; 2015, 2016 y 2017: \$14'128.000.

Frente a la prescripción de derechos indicó que al reclamarse el 18 de febrero de 2016, se logró interrumpir dicho fenómeno respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2013, con excepción de las cesantías, cuya exigibilidad nace desde el momento en que termina la relación laboral.

Adujo que al declararse la existencia de un contrato de trabajo hay lugar al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, y prima de servicios, teniendo en cuenta los salarios señalados, y que operó el fenómeno prescriptivo; que no se reconocen las acreencias laborales de 1995 a 1997, ya que se aceptó el cumplimiento de estas durante tal periodo; y que no se reconocen vacaciones, pues en el interrogatorio de parte se aceptó que fueron otorgadas.

Explicó que hay lugar a sanción por no pago de los intereses a las cesantías, sanción moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, dado que aparece demostrado que el empleador

no actuó de buena fe, pues tenía pleno conocimiento de estar frente a una relación laboral, y no se entiende cómo se cambió la modalidad contractual sin justificación alguna; frente a la indemnización moratoria ordenó que se debe pagar hasta que se verifique su pago, ya que la suspensión ordenada por el Ministerio de Educación únicamente tuvo que ver con las obligaciones causadas con anterioridad al 10 de febrero de 2015, acto que no afecta las obligaciones causadas con posterioridad, como las que se declaran a través de la sentencia, por demás que la demandada siguió ejerciendo su objeto contractual.

Concluyó expresando que le corresponde a la demandada pagar los aportes que no fueron pagados y reconocer la diferencia de los aportes, teniendo en cuenta los salarios declarados; y que el actor demostró que se le dio por terminado su contrato de trabajo, pero el empleador no acreditó que lo hizo conforme a una justa causa.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE DEMANDADA.

Manifestó que cambiar de un contrato laboral a uno de prestación de servicios no implica que se está frente a contrato de trabajo.

Explicó frente a las bases salariales tenidas en cuenta por el A Quo, que lo que se debió realizar es promediar los salarios devengados por el demandante, ya que existe una incongruencia entre el valor inicial y el valor final con el que se está liquidando.

Adujo que la entidad no ha actuado desprovista de buena fe, por lo que no se debió condenar por concepto de indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, por demás que el demandante estuvo vinculado por más de 15 años y nunca manifestó inconformidad, pues estaba

claro que era voluntad de las partes estar frente a un contrato de prestación de servicios; y que dichas sanciones moratorias se deben limitar hasta febrero de 2015, dado que desde esta fecha es el Ministerio de Educación quien prohíbe el pago de obligaciones diferentes al servicio de educación.

Concluyó expresando que en ningún momento se acreditó el hecho del despido, puesto que siempre se entendió que se estaba frente a un contrato de trabajo; y que los aportes a pensión se deben modificar no sólo frente a los ingresos base de cotización sino también hasta cuando el accionante se pensionó por vejez.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar i) si en el vínculo que ató a las partes

hubo autonomía del demandante o, si en virtud del principio de la primacía de la realidad se constituyó un contrato de trabajo entre este y la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** y de serlo así; ii) si las bases salariales tenidas en cuenta por el A Quo se encuentran ajustadas a derecho; iii) si es dable el reconocimiento de indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, y sanción por no consignación de las cesantías; si las sanciones moratorias deben circunscribirse hasta febrero del año 2015, y si resulta acertada la imposición de los aportes a pensión

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

"[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia".

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Orlando Rodríguez García inició a laborar al servicio de la Fundación Universitaria San Martín el 01 de enero de 1995 mediante contrato de trabajo en la modalidad de término indefinido para desempeñar el cargo de Coordinador Académico (fls. 31 a 33).
- ii) El actor y la demandada celebraron nuevo contrato de trabajo el 01 de enero de 1995, para desempeñar el cargo de Coordinador Extensión Cultural, bajo la modalidad de término indefinido (fls. 34 a 36).
- iii) El 26 de septiembre de 1996 se certificó que el actor se encontraba vinculado a la entidad como Director de Premédico (fl.42).
- iv) El 01 de septiembre de 1998, las partes celebraron un contrato de prestación de servicios para prestar servicios de asesoría a la fundación, para efectuar conceptos y absolviendo consultas. Se estableció como honorarios mensuales \$1'209.000 por el tiempo que perduren las causas que le dieron origen (fl. 39).
- v) El 10 de agosto de 1999, la demandada certificó que el accionante se encontraba desempeñando el cargo de Director de Clínica Oftalmológica Mariano Alberto Alvear Orozco (fl.43).

- vi) El 13 de abril de 2000, el actor fue posesionado como secretario académico de la facultad de medicina (fl. 40).
- vii) El 16 de octubre de 2001, y el 23 de agosto y 12 de septiembre 2002, la demandada certificó que la asignación del actor era de \$6'658.000 (fls.293 a 295).
- viii) El 29 de mayo, 21 de julio, y 03 de diciembre de 2003, 20 de mayo y 05 de octubre de 2004, enero, 27 de junio, y 26 de octubre de 2006, y 22 de marzo de 2007, la demandada certificó que el accionante devengaba \$9'158.000 (fls. 296 a 300).
- ix) El 02 de febrero, el 22 de abril, 12 y 26 de mayo, 15 de junio, 23 de noviembre, y 07 de diciembre de 2007, y 15 de febrero de 2008, la accionada certificó que el actor era delegado de la facultad de medicina de la sede de Cali (fl.49).
- x) El 01 de octubre de 2007, 19 de febrero, 10 de marzo de 2008 la demandada certificó que el actor devengaba la suma de \$6'658.000 (fls.301 a 303); empero, el accionante solicitó corrección de su ingreso laboral, señalándose mediante la certificación del 27 de noviembre de 2008, que sus ingresos ascendían a \$9'158.000, valor que se reiteró el 28 de enero de 2009 (fl.304).
- xi) El 18 y 22 de junio de 2009, se remitieron misivas por parte de la facultad de medicina de la sede de Pasto, de la que se extrae que el actor se desempeñaba como decano de dicha facultad (fls. 60 a 63).
- xii) El 13 de junio de 2012 el demandante fue nombrado decano de la facultad de medicina (fl.41).
- xiii) El 03 de julio y el 05 de octubre de 2012, la demandada certificó que el actor desde el 15 de marzo de 2012 se desempeñaba en la decanatura de la facultad de medicina y que su salario era de \$14'658.000 (fl.44).

- xiv)** El 07 de octubre de 2015, 15 de junio de 2016, y 24 de febrero de 2017, la demandada certificó que el demandante presta sus servicios en la fundación desde el 01 de enero de 1995, estando a partir del 01 de septiembre de 1998 mediante contrato de prestación de servicios y que a la fecha devengaba \$14'128.000 (fl.46).
- xv)** El 18 de febrero de 2016 el actor solicitó el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales (fls. 136 a 138).
- xvi)** El 11 de agosto de 2017, la demandada dio por terminado el contrato de prestación de servicios sin señalar los motivos de tal decisión (fl. 64).
- xvii)** El accionante recibió memorandos para que acudiera a reuniones del Comité de Docente-Asistencial, presentara informes, tomara las medidas frente a estudiantes que estaban rotando en clínicas y hospitales, rotara historias laborales. Igualmente, le eran remitidas circulares referentes a las solicitudes de permisos y presentaba informes (fls. 71 a 74, 103 a 105, 134, 135, 164 a 202).
- xviii)** El demandante percibía honorarios por concepto de contraprestaciones de rotaciones de estudiantes en las respectivas clínicas y hospitales donde aquellos llevaban a cabo sus prácticas (fls. 75 a 81).
- xix)** El actor realizó sus aportes a seguridad social (fls. 203 a 235, 305 a 311, y 313 a 373).
- xx)** El 14 de enero de 2019, la demandada certificó que el actor devengó los siguientes salarios (fls. 287 y 288):

 - 2000, \$3'600.000 (enero); y \$3'960.000 (febrero a diciembre).
 - 2001, \$3'960.000 (enero), \$4'158.000 (febrero, abril), \$6'237.000 (marzo), y \$6'158.000 (mayo a diciembre).
 - 2002 a 2007, \$6'658.000.

- 2008, \$6'658.000 (enero), y \$6'858.000 (febrero a diciembre).
- 2009, \$6'858.000.
- 2010, \$6'858.000 (enero), \$7'058.000 (febrero a septiembre), y \$9'558.000 (octubre a diciembre).
- 2011, \$9'558.000.
- 2012, \$9'158.000 (enero), \$10'658.000 (febrero a mayo), \$12'658.000 (junio), \$14'658.000 (julio a diciembre).
- 2013, \$14'658.000 (enero a julio), \$4'158.000 (agosto), \$2'079.000 (septiembre), \$14'158.000 (octubre a diciembre).
- 2014, \$12'1258.000 (enero a agosto).

De igual manera, compareció a rendir testimonio **José Gregorio Meza Azuero**, testigo que a juicio de la Sala ofrece credibilidad en su dicho y fue valorado conforme a lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de S.S., esto es, las reglas de la sana crítica y la libre formación del convencimiento.

Dicha declarante informó que estuvo laborando en la facultad de medicina de la demandada entre finales de 1998 y agosto de 2017; que no recuerda el cargo que tenía el actor para 1998 o 1999, pero que estaba al lado del decano; que el actor después pasó a ser Secretario Académico y luego estuvo como Decano; que el actor siempre permanecía en funciones de la facultad, se desplazaban por la ciudad y en ocasiones por el país para efecto de las actividades académicas de la facultad de medicina; que el actor vigilaba los contratos con los hospitales, visitaba los estudiantes internos, y hablaba con los docentes de los hospitales; que la actividad del actor era constante; que como Secretario Académico el actor tenía una actividad dirigida a los estudiantes de pregrado, después con los residentes de las facultades de medicina, manejaba los contratos con los hospitales, acudía a reuniones con los maestros; que como Decano el actor seleccionaba y contrataba docentes; que al actor

se le dio una oficina; que el actor tenía tres secretarías porque era un trabajo pesado; que el demandante era una figura integradora de toda la actividad de la facultad de medicina, a él le consultaban situaciones, y buscaba soluciones; y que el actor no podía tomar decisiones sin autorización de los directivos.

Del mismo modo, el representante legal del accionada en **interrogatorio de parte** señaló que el actor prestó servicios a la universidad desde 01 de enero de 1995 al 11 de agosto del 2017; que se cambió la modalidad a contrato de prestación de servicios en 1998; que estuvo entre 1998 y 2007 de manera continua; y que ocupó los cargos de Coordinador Académico, Coordinador de Extensión Cultural, Rector Académico, Decano Académico, Secretario Académico, y Asesor en el Área de Dirección.

De esta manera, y del análisis integral de las probanzas referidas, no es mucho lo que la Sala tiene para decir adicional a lo que concluyó el A Quo, pues se encuentra acreditado el elemento primordial de la prestación personal del servicio por parte del actor y, contrario a desvirtuarse la subordinación, se encuentra que el trabajador no gozaba de la autonomía e independencia que es característica del servicio efectuado por un contratista por prestación de servicios, puesto que conforme a la documental aludida, recibió memorandos para que acudiera a reuniones del Comité de Docente-Asistencial, presentara informes, tomara las medidas frente a estudiantes que estaban rotando en clínicas y hospitales, rotara historias laborales, le eran remitidas circulares referentes a las solicitudes de permisos, y presentaba informes constantemente.

En igual sentido, de la declaración del testigo **José Gregorio Meza Azuero**, se logra extraer que el actor estaba integrado en la organización de la Universidad, permanecía constantemente en la facultad, prestaba sus servicios en una oficina que fue suministrada por la demandada, y que no podía tomar decisiones sin autorización de los directivos o superiores.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00292 -01
Demandante: **ORLANDO RODRÍGUEZ GARCÍA.**
Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

En tales condiciones, considera la Sala que la relación del actor con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN devino en laboral, pues como quedó visto se configuraron los elementos de un contrato de trabajo, por lo que, se confirmará la decisión de la jueza de primera instancia.

BASES SALARIALES Y REAJUSTE DE CESANTÍAS.

Tal y como lo advirtió la A Quo los honorarios certificados por la fundación no resultan coincidentes entre las certificaciones y las planillas allegadas, por lo que tuvo en cuenta, las primeras, especialmente, señalando que año a año se tuvieron los siguientes salarios:

- 1998, \$1'209.000.
- 1999, salario mínimo.
- 2000, \$3'600.000 (enero) y \$3'960.000 (febrero a diciembre),
- 2001 y 2002, \$6'658.000.
- 2003 y 2004, \$9'158.000.
- 2005, \$6'658.000.
- 2006, 2007 y 2008, \$9'158.000.
- 2009, \$6'852.000.
- 2010, \$6'658.000 (enero) y \$7'058.000 (febrero a diciembre).
- 2011, \$9'558.000.
- 2012 y 2013, \$14'658.000.
- 2014, \$12'158.000.
- 2015, 2016 y 2017, \$14'128.000.

Pues bien. En cuanto al salario de **1998** considera la Sala que le asiste razón al juez de primera instancia, puesto que de conformidad con el contrato de prestación de servicios celebrado tal año, la suma a reconocer por concepto de honorarios era de \$1'209.000.

En relación con el salario de **1999**, la Sala considera que el salario que se debió tomar era el que estaba acreditado desde 1998, esto es, \$1'209.000, pues recuérdese que la relación no tuvo solución de continuidad y estuvo regido por un contrato de prestación de servicios de 1998 a 2017; no obstante, y como quiera que dicho valor es superior al impuesto por la A Quo que lo fue en el salario mínimo legal, y que la parte actora no impugnó tal situación, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no es posible modificar la base salarial aludida.

En relación con el año **2000**, le asiste razón al A Quo en establecer que el salario acreditado es \$3'600.000 para enero, y de \$2'960.000 en febrero a diciembre, pues así se certificó el 14 de enero de 2019.

En lo que respecta al año **2001**, se estableció que el salario fue de \$6'658.000, frente a lo que es necesario señalar que si bien en la certificación del 14 de enero de 2019, se estableció que el accionante devengó las sumas de \$3'960.000 (enero), \$4'158.000 (febrero, abril), \$6'237.000 (marzo), y \$6'158.000 (mayo a diciembre), en certificación del 16 de octubre de 2001, se estableció que el salario ascendía a la suma de \$6'658.000, por lo que, en tal sentido resulta razonable la decisión del A Quo.

En cuanto al año **2002**, los valores certificados del 21 de septiembre de 2002 y del 14 de enero de 2019, son coincidentes en cuanto a que el valor de los honorarios mensuales era de \$6'658.000, por lo que la sentencia se encuentra ajustada a derecho en tal anualidad.

En lo referente a los años **2003 a 2006**, en la certificación del 14 de enero de 2019 se estableció como suma devengaba \$6'658.000, no obstante, en las certificaciones del 29 de mayo, 21 de julio, 03 de diciembre de 2003, 20 de mayo, 05 de octubre de 2004, enero, 27 de junio, 26 de octubre de 2006, y 22 de marzo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00292 -01

Demandante: **ORLANDO RODRÍGUEZ GARCÍA.**

Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

de 2007, se estableció que el salario ascendía a \$9'158.000, mismo valor que determinó la juez de primera instancia para 2003, 2004, y 2006, por lo que su decisión se estima razonable; en cuanto a 2005, la A Quo estableció un valor inferior, esto es, la suma de \$6'658.000, por lo que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, dicha suma no es modificará.

En lo que respecta a los años **2007 y 2008**, se observa que se tuvo en cuenta un salario de \$9'158.000, no obstante, de las certificaciones del 01 de octubre de 2007 y del 19 de febrero de 2008, se estableció que se devengaba \$6'658.000, mismo valor que se determinó en la certificación del 14 de enero de 2019; advirtiendo que el 20 de agosto de 2008 el accionante puso de presente que se estaban señalando unos honorarios por debajo de lo que realmente devengaba en el cargo que estaba desempeñando en el área de secretaría académica en la facultad de medicina, de manera que el 27 de noviembre de 2008 y el 29 de enero de 2009, se estableció que el valor de sus honorarios era \$9'158.000, por lo que, se considera razonablemente ajustado el valor impuesto por la A Quo.

En cuanto a **2009**, se tiene que, en la certificación del 14 de enero de 2019 se estableció un valor por concepto de honorarios equivalente a \$6'858.000, por lo que, se considera acertada tal decisión.

En relación con el año **2010**, se estableció para enero la suma de \$6'858.000 y de febrero a diciembre \$7'058.000, valores que son coincidentes con la certificación del 14 de enero de 2019 con excepción de los meses de octubre, en el que los honorarios ascendieron a \$9'558.000, no obstante, y dado que ello no fue objeto de impugnación por la parte actora, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

En cuanto al año **2011**, se determinó la suma de \$9'558.000, valor que es coincidente con la certificación del 14 de enero de 2019, por lo que tal condena resulta razonable.

En relación con el año **2012**, se estableció en la certificación del 14 de enero de 2019, que el actor devengó las sumas de \$9'158.000 (enero), \$10'658.000 (febrero a mayo), \$12'658.000 (junio), \$14'658.000 (julio a diciembre), y en las certificaciones del 03 de julio y el 05 de octubre de 2012, se determinó la suma de \$14'658.000; en tal sentido, entiende la Sala que sólo a partir de julio de 2012 devengó el último valor, por lo que, se harán las modificaciones de rigor teniendo en cuenta tal situación.

En lo referente a **2013 y 2014**, se tuvieron en cuenta los valores de \$14'658.000 y de \$12'158.000, mismos rubros que aparecen en la certificación del 14 de enero de 2019, por lo que se encuentra ajustado a derecho el razonamiento del A Quo frente al punto.

Finalmente, en lo que respecta a los años **2015 a 2017**, se tiene que el A Quo liquidó teniendo en cuenta la suma de \$14'128.000, suma que fue certificada por el empleador el 07 de octubre de 2015, 15 de junio de 2016 y el 24 de febrero de 2017, por lo que, es razonable la imposición de tal valor.

Así las cosas, y dado que únicamente se presenta una irregularidad en los salarios tenidos en cuenta en el año 2012, se hace necesario **reajustar el concepto reconocido por cesantías**, no siendo así con las demás prestaciones sociales, pues recuérdese que se declaró la prescripción de las que se causaron con anterioridad al 18 de febrero de 2013, sin que ello hubiera sido objeto de impugnación.

En consecuencia, y efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, de las que debe resaltarse que se promedió los valores de los años que arrojaron más de un salario, tenemos que, por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00292 -01

Demandante: **ORLANDO RODRÍGUEZ GARCÍA.**

Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

concepto de cesantías se debió reconocer la suma de
\$170'548.815,56:

AÑO	SALARIO	DÍAS LABORADOS	VALOR CESANTÍAS
1998	\$ 1.209.000,00	120	\$ 403.000,00
1999	\$ 236.460,00	360	\$ 236.460,00
2000	\$ 4.260.000,00	360	\$ 4.260.000,00
2001	\$ 6.658.000,00	360	\$ 6.658.000,00
2002	\$ 6.658.000,00	360	\$ 6.658.000,00
2003	\$ 9.158.000,00	360	\$ 9.158.000,00
2004	\$ 9.158.000,00	360	\$ 9.158.000,00
2005	\$ 6.658.000,00	360	\$ 6.658.000,00
2006	\$ 9.158.000,00	360	\$ 9.158.000,00
2007	\$ 9.158.000,00	360	\$ 9.158.000,00
2008	\$ 9.158.000,00	360	\$ 9.158.000,00
2009	\$ 6.858.000,00	360	\$ 6.858.000,00
2010	\$ 7.024.666,67	360	\$ 7.024.666,67
2011	\$ 9.558.000,00	360	\$ 9.558.000,00
2012	\$ 12.699.666,67	360	\$ 12.699.666,67
2013	\$ 14.658.000,00	360	\$ 14.658.000,00
2014	\$ 12.158.000,00	360	\$ 12.158.000,00
2015	\$ 14.128.000,00	360	\$ 14.128.000,00
2016	\$ 14.128.000,00	360	\$ 14.128.000,00
2017	\$ 14.128.000,00	221	\$ 8.673.022,22
TOTAL			\$ 170.548.815,56

Conforme a lo expuesto, se MODIFICARÁ el ordinal primero del numeral tercero de la sentencia, con el fin de establecer que por valor de cesantías se debe pagar la suma de **\$170'548.815,56.**

APORTES A PENSIÓN.

Como consecuencia de la declaratoria de un contrato de trabajo surge en cabeza del empleador la obligación reconocer los respectivos aportes a pensión, puesto que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 establece *"durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen"*.

Por tanto, se considera acertada la condena por concepto de aportes a pensión; en cuanto al reconocimiento pensional que se depreca en la impugnación, no obra prueba de la que se pueda determinar tal situación, esto es, que al accionante le fue reconocida pensión de vejez, aunado a que nada impide que por los tiempos que se encuentran cotizados por un valor inferior se persiga su reajuste conforme al salario que en la realidad devengó el actor.

Por lo anterior, sería del caso confirmar tal condena, si no fuera porque se modificó el salario del año 2012, de manera que, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de adicionar que se deberá tener en cuenta que los salarios para el pago de aportes a pensión en el año 2012 son los siguientes: \$9'158.000 (enero), \$10'658.000 (febrero a mayo), \$12'658.000 (junio), y \$14'658.000 (julio a diciembre).

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00292 -01
Demandante: **ORLANDO RODRÍGUEZ GARCÍA.**
Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Dicho lo anterior, se observa que mediante misiva al demandante le fue terminado su contrato el 11 de agosto de 2017, por lo que se encuentra acreditado el hecho del despido; no obstante, no se observa que se hubieren señalado en tal carta las razones de la terminación para entrar a determinar si existió una justa causa, pues únicamente se detalló:

“Por medio de la presente, me permito informarle que la administración de la FUSM ha decidido finalizar de manera unilateral el contrato de prestación de servicios que tiene suscrito con usted a partir del día 18 de agosto de 2017, no sin antes agradecerle su valiosa colaboración y compromiso para con la Fundación durante este tiempo.

Por lo anterior, solicitamos respetuosamente programar el empalme la próxima semana del 14 al 18 de agosto de 2017, para lo cual se ha designado al Dr. Luis Javier Giraldo Munera como Decano Encargado, con el fin de no afectar ningún proceso administrativo de la facultad y en especial del proceso lo relacionado con la continuidad y calidad de la prestación de servicio público de educación.

Le deseamos éxitos en su vida personal y profesional, no sin antes reiterar que acorde con la actual situación administrativa, académica y financiera que soporta la FUSM pueda contar a futuro con su apoyo en la formación de nuevos profesionales”.

Así las cosas, razón le asistió al A Quo al fulminar la condena por dicho rubro, por cuanto el empleador no logró acreditar las justas causas del despido, y por ende dicha condena debe ser CONFIRMADA.

SANCIONES MORATORIAS.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

"Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos;>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Por otra parte, la sanción por no consignación de las cesantías se encuentra en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que dispone:

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

(...) 3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo".

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, ha dicho que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla

(sentencias como la del 3 de julio de 2013, Rad. 40509 y la SL1005-2021).

Dicho lo anterior, la Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo y ordenó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, accediendo a reconocer las sanciones moratorias deprecadas, tras considerar desprovisto de buena fe el actuar del empleador, aspecto que avala la Sala.

En efecto, las pruebas militantes en las diligencias permiten considerar que el empleador pese a vincular a la accionante mediante un contrato de prestación de servicios, le impartía órdenes, supervisaba su labor, le requería informes, debía estar presente en las instalaciones de la demandada de manera recurrente, e inclusive cambió su modalidad contractual de laboral a civil, pese a que no cambió de manera alguna la forma y condiciones de ejecución material de la actividad, que nunca varió pues siempre permaneció el elemento de subordinación; de manera que la aludida contratación civil constituyó una fachada para disfrazar la verdadera existencia de un vínculo claramente de indole laboral.

De otro lado, la situación económica, administrativa y financiera de la Universidad, no es óbice para abstenerse de la imposición de las sanciones moratorias si hay lugar a ellas.

Al respecto, en la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de agosto de 2010, rad. 38189, SL1885-2021, y SL2493-2021, en la que se discutía un asunto similar contra esta misma accionada, se estableció:

“En primer término, es preciso señalar que la discusión se enfoca en establecer si el incumplimiento de la entidad universitaria en el pago de las obligaciones laborales, que se encuentra fuera de discusión desde la contestación de la demanda, lleva a concluir con el superior que el actuar de la demandada no estuvo asistido de la buena fe, habida cuenta que no demostró el pago total de las prestaciones sociales...o, con la demandada recurrente, que no puede endilgarse mala fe ... al tardarse en el pago de tales

sumas, ...pues mi representada no sólo ha reconocido tal obligación, sino que en la medida de la situación financiera de la empresa, realizó los primeros pagos que se vieron interrumpido(sic) por la presentación e inicio de la demanda.

No aparece en modo alguno justificable del incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales las dificultades financieras que pudiere afrontar un empleador, y, menos aún, como en el sub lite, que no honre sus propios compromisos resultantes de un acuerdo realizado con las demandantes posterior a su incumplimiento inicial; además, que disculpe la falta de cancelación del saldo insoluto en la acción judicial a la que se vieron obligadas a incoar las actoras para reclamar el pago total de sus acreencias.

Dista la conducta de la demandada de un proceder ajustado a la buena fe que la ley demanda de los contratantes y que exige al empleador que, sin dilaciones ni excusas, responda a sus deberes contractuales en la oportunidad debida y en las sumas que con suficiencia paguen las obligaciones dinerarias resultantes del vínculo que ató a las partes.

Adicionalmente, debe decirse, que las medidas de control, vigilancia e intervención de la Fundación se dieron mediante la Ley 1740 de 2015 y las Resoluciones 841 del 19 de enero de igual año y 1792 del 10 de febrero de esa anualidad, esto es, que ello ocurrió con posterioridad a la terminación del vínculo laboral que se produjo el 16 de diciembre de 2014, y en tales condiciones no tienen la incidencia que le quiere imprimir la censura para demostrar una crisis financiera desde antes de esas actuaciones”.

En el caso de marras no aparece en el plenario justificación alguna del incumplimiento por parte del empleador en la cancelación de acreencias laborales a favor del promotor del proceso y menos aún que ello hubiese acontecido por las dificultades presupuestales que pudiera afrontar dicho empleador, razones que llevarán a CONFIRMAR la decisión del A Quo y a desestimar los argumentos de la alzada en el punto.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00292 -01
Demandante: **ORLANDO RODRÍGUEZ GARCÍA.**
Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

**DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA
DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR el ordinal 1) del numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de cesantías se debe pagar la suma de \$170'548.815,56.

SEGUNDO - MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de adicionar que se deberá tener en cuenta para efecto del pago de aportes a pensión que los salarios para el año 2012 son los siguientes: enero, \$9'158.000; febrero a mayo, \$10'658.000; junio, \$12'658.000; y julio a diciembre, \$14'658.000.

TERCERO- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO- Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

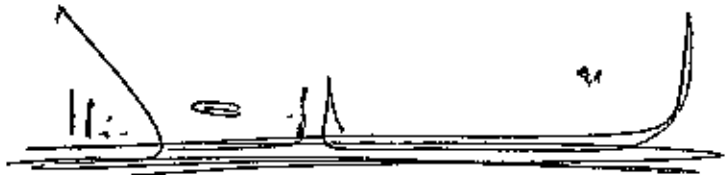
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MÓNICA ZULUAGA JARAMILLO** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “*nulidad*” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita la nulidad de los posteriores traslados realizados a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., su retorno al régimen de prima media, y que PROTECCIÓN S.A. traslade todos los valores que haya recibido como consecuencia de su afiliación al régimen de ahorro individual, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, y rendimientos; y que se ordene que COLPENSIONES tiene la obligación legal de recibirla en el régimen de prima media, y tenerla como afiliada sin solución de continuidad desde el 15 de agosto de 1985.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 112 a 129), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad

alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que la accionante al momento de solicitar su retorno al régimen de prima media contaba con 56 años, de manera que estaba inmersa en la prohibición legal la prohibición legal de trasladarse de que trata la Ley 797 de 2003, esto es, la imposibilidad de efectuar cambio de régimen pensional cuando falten menos de diez años para cumplir la edad de pensión; que la actora no contaba con una expectativa legítima al momento de efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que apenas contaba con 33 años; y que la demandante no contaba con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, por lo que no puede retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

Expuso que no se presenta un error de hecho, dado que el que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que no se hizo la solicitud de nulidad del traslado dentro del plazo contemplado para ello, ya que, el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C., es de cuatro años; que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del C.C., como quiera que ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues la accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión; que en los casos en que se ha declarado la ineficacia del traslado por parte de la Corte Suprema de Justicia, los accionantes gozaban de una expectativa legítima de pensión que era objeto de una protección intermedia; y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Finalmente, explicó que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen; y que el declararse la ineficacia de traslado no sólo afecta la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la de los afiliados, ya que, se desvertebra la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema, desdibujándose totalmente el régimen de prima media.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 143 a 149) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó reasesoría el 26 de junio de 2009, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., buena fe, inexistencia de perjuicios, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, y genérica.

Indicó que todas las personas que han requerido su afiliación lo han hecho de forma libre y voluntaria; que lo anterior, quedó plasmado en el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994; que la asesoría que se le brindó a la accionante se realizó de conformidad con la normatividad y exigencias de la época; que el 26 de junio de 2009, se le efectuó proyección pensional de pensión a la accionante, en el que ésta tuvo la posibilidad de comparar las diferencias económicas entre ambos regímenes, resultando evidente que no le convenía permanecer en el fondo privado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00324 -01
Demandante: **MÓNICA MARÍA ZULUAGA JARAMILLO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Manifestó que sólo las personas que cuentan con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 y son beneficiarios del régimen de transición pueden retornar al régimen de prima media en cualquier momento, conforme a la sentencia C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

En último término, señaló que en caso de declararse la ineficacia de traslado, únicamente es procedente la devolución de los aportes junto con sus rendimientos, no siendo procedente el reintegro de los gastos de administración, ya que, se trata de comisiones causadas generadas conforme a la ley y como contraprestación de una buena gestión de administración; que conforme al artículo 1746 del C.C. opera el fenómeno de las restituciones mutuas, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del acto de traslado, pues en tal entendido el contrato no nació a la vida jurídica así como tampoco se debió administrar la cuenta de ahorro individual, de modo que, no puede desconocerse que se causaron intereses, frutos y mejoras, los que deben ser conservados al haberse logrado que se rentara el patrimonio de la afiliada; y que el valor correspondiente a seguro previsional para cubrir los siniestros de invalidez y sobrevivencia, fueron girados a la aseguradora, quien es un tercero de buena fe.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (fls. 195 a 213) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Indicó que la decisión de cambiarse de régimen por parte de la actora fue consciente y espontánea, sin presiones o apremios, y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, puesto que recibió información suficiente y veraz previo a su traslado, y suscribió un formulario de afiliación que cumplía con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00324 -01
Demandante: **MÓNICA MARÍA ZULUAGA JARAMILLO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

los requisitos de ley y los lineamientos de la Superintendencia Bancaria; y que la suscripción del formulario de afiliación es una expresión inequívoca de la voluntad de la accionante.

Adujo que el Decreto 3466 de 1982 únicamente estableció la obligación de dar una información veraz y suficiente, nada más; que con el Decreto 2241 de 2010 nació la obligación de otorgar a los afiliados información clara, cierta, comprensible, y oportuna, conforme Concepto 2017056668-001 de 2017; y que con los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2015, nació el deber de información y buen consejo, sólo con la expedición de la Circular 016 de 2016 el deber de la doble asesoría.

Explicó que si la Ley 1996 de 2019 considera capaz a todas las personas incluso a quienes tienen una discapacidad cognitiva, por qué la accionante no contaba con la capacidad suficiente para tomar sus propias decisiones; que no toda omisión en el deber de informar vicia el consentimiento, se requiere que exista un daño claro, cierto, y determinable; y que la afiliada también tenía el deber de informarse, y de ser conocedora de su situación particular, debió actuar con mediana diligencia, lo que suponía, por lo menos, obtener información sobre el acto que celebró.

Finiquitó expresando que la actora contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen, y no lo hizo; que no existe norma que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado; que en el acto de afiliación a un régimen pensional no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante por parte de la administradora de fondo de pensiones; y que ha actuado conforme al principio de buena fe, pues sus actos han estado acordes a la normatividad legal vigente.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 28 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia para que se pueda predicar una afiliación libre y voluntaria, es necesario que previo a la suscripción del formulario de afiliación, se hubiera brindando de forma transparente, esto es, objetiva, comparada, y comprensible; la correspondiente información clara y suficiente a los posibles afiliados de los efectos de su traslado; y que es carga de los fondos privados acreditar que obró con diligencia con diligencia y cuidado, lo que se traduce en explicar en detalle las características de los regímenes pensionales.

Indicó que PROTECCIÓN S.A. cumplió con sus deberes de diligencia y cuidado, lo que se extendió durante toda la relación contractual que se tuvo con la accionante; que lo anterior, dado que, en el curso de la afiliación, a la actora le fue informado la posibilidad de retornar al régimen de prima media dos meses antes de que quedara incurso en la prohibición legal de trasladarse; que en la casilla de reasesoría la accionante informó que tenía claro que no le convenía permanecer en PROTECCIÓN S.A., así como adujo que no aplazaba su decisión de trasladarse; que aunado a lo anterior, en las proyecciones pensionales se le informó a la demandante que la diferencia era de \$500.000, siendo predecible establecer que la diferencia podría seguir subsistiendo e incrementándose, y que no iba a igualar la prestación en el régimen de prima media; que del interrogatorio de parte, se logra extraer que el asesor informó a la accionante que sus aportes podrían ser heredables, lo que no constituye un engaño, y que podía realizar aportes voluntarios.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Adujo que el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones emanaban de la responsabilidad de carácter profesional que les corresponde, lo que implica que la información que debieron suministrar debió ser comprensible, completa, y clara; que si bien la actora se acercó a conocer cómo iba su plan de pensiones, siempre recibió información que le hizo creer que la mejor decisión era estar en un fondo privado, pues los asesores siempre le informaron ventajas y no desventajas; y que pese a existir proyecciones pensionales, los asesores le hicieron entender a la actora que estaba en el mejor fondo, que solo tendría ventajas, por demás que una situación de estas características le vulneraría el derecho a la igualdad y le afectaría su mínimo vital, pues otra persona en sus mismas condiciones tendría una pensión superior.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala

adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al

Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la

declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de

las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a l. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”. (Negrillas por la Sala).

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de

pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 15 de agosto de 1985, presenta aportes, según la historia laboral que obra en el medio óptico de folios 31 y 32; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de

PROTECCIÓN S.A., el 29 de noviembre de 1994 (fl.150); **iii)** Posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. a partir del 01 de enero de 1996 (fl.219), empero retornó a PROTECCIÓN S.A. el 30 de junio de 1997 (fl.174); **iv)** El 26 de junio de 2009 le fue efectuada reasesoría pensional a la demandante por parte de PROTECCIÓN S.A., efectuándose una proyección pensional (fls. 253 a 255); y **v)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 26 y 27 de diciembre de 2018, ante PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 43 a 54, 58 a 74).

A folio 150 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de noviembre de 1994 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *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.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que en éste se limitó a exponer que

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00324 -01
Demandante: **MÓNICA MARÍA ZULUAGA JARAMILLO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

al momento de la afiliación únicamente le fue informado que lo mejor era que se trasladara porque el I.S.S. iba a desaparecer, que tendría grandes ventajas pues sus aportes y el bono pensional le generarían rentabilidad, y que su cuenta de ahorro individual podría ser heredable, por lo que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, más aún si se tiene en cuenta que no le informaron qué pasaba con su dinero en caso no de no lograrse pensionar, y sólo con posterioridad, le señalaron acerca de la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, de manera que de la declaración en estudio no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, considera la Sala necesario aclarar que la reasesoría brindada por PROTECCIÓN S.A. el 26 de junio de 2009 y frente a la que hace alusión la accionante en su interrogatorio de parte, y se allegaron documentales como lo son el formato de reasesoría y las proyecciones pensionales que, tampoco se cumplió con los presupuestos hasta aquí mencionados para tener por informada en debida forma a la actora. En efecto, la demandante señaló que el asesor que le brindó la correspondiente asesoría y le efectuó una proyección pensional, la persuadió con la posibilidad de heredar a su hija el valor de sus aportes y rendimiento, así como que su pensión en todo caso resultaría buena y alta, pese a los resultados arrojados; al respecto, recuérdese que la inconformidad de la demandante no estriba simplemente en la cuantía de la pensión que eventualmente recibiría en el régimen privado en relación con la que le otorgaría Colpensiones, sino en la falta de información útil y relevante

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00324 -01
Demandante: **MÓNICA MARÍA ZULUAGA JARAMILLO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

cuando se afilió a la AFP que eventualmente le podía ocasionar perjuicios que se reflejarían en su calidad de vida al pensionarse.

En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1465-2021, señaló:

"2.- Del oficio a través del cual se indaga acerca del cumplimiento del deber de información

Frente al oficio que emitió la AFP el 27 de septiembre de 2016 en respuesta a unos cuestionamientos que le elevó el actor (f.º 53 a 57), llaman la atención dos situaciones: por un lado, el afiliado pidió información acerca de los *«estudios o asesoría para traslado de régimen antes de la afiliación»*, a lo que se contestó que *«no registra información al respecto»*. Y por otro, que el asegurado también solicitó una proyección de las pensiones que le podrían corresponder en el RAIS y en el RPMP, de cuyo estudio se concluyó que la prestación con mayor cuantía sería la que eventualmente concediera Colpensiones.

Por lo visto, en este documento, Protección S.A. reconoció que **no tenía ninguna evidencia que soportara el cumplimiento del deber de información al momento de la afiliación del accionante** y, además, que por ese motivo, el interesado recibiría una mesada pensional considerablemente inferior (\$1'089.150) a la que le hubiese correspondido en el régimen de prima media con prestación definida (\$2'140.156).

Así, contrario a lo sostenido por el juez de segundo grado, la **inconformidad de Barrera Castro no estriba simplemente en la cuantía de la pensión que eventualmente recibiría en el régimen privado en relación con la que le otorgaría Colpensiones; se soporta en la falta de información útil y relevante cuando se afilió a la AFP que eventualmente le podía ocasionar perjuicios que se reflejarían en su calidad de vida al pensionarse**".

En un caso de similares características la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dijo que, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad, por manera que, si la asesoría no se otorga en su día, pierde su utilidad, y ello equivale a la ausencia de información toda vez que el deber que le asiste a las sociedades administradores de pensiones se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad a éste. (sentencia SL1004-2021):

iii.i ¿La denominada *reasesoría* por parte de la AFP puede subsanar la falta del deber de información al momento de la afiliación?

El concepto de «*reasesoría*» no tiene una definición exacta en el diccionario de la Real Academia Española no obstante, la palabra *asesoría* significa «*Servicio profesional de información y consejo en materia especializada*», mientras que el prefijo «*re*» se entiende como «*repetición*» por lo que puede concluirse para este caso que «*reasesoría*» hace referencia a volver a suministrar una información técnica sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional.

A efectos de aclarar el contenido de la *reasesoría* brindada por la sociedad demandada, se transcribe a continuación los apartes del documento (f.º 87 a 89) que fue enviado al impugnante mediante correo electrónico el 7 de noviembre de 2007 y en el cual se dice:

CÁLCULO DE PENSIÓN EN EL RAI (sic) A LOS 62 AÑOS		PENSIÓN ISS SIN RÉGIMEN (sic) DE TRANSICIÓN	
Salario a Junio 30 de 1992	399,150	Edad de Pensión	62
Vir. Cuenta Individual a fecha de pensión	304,865,382	Valor de la Pensión	4,730,338
Vir. Bono Pensional Capitalizado a fecha de pensión	229,043,728	I.B.L.	8,477,000
Tasa estimada de negociación	0.00	%I.B.L. (sic)	73 %
Vir. Cupón principal negociado	229,043,728	Fecha de pensión	03/01/2018
Vir. Mesada	2,727,182	Número de mesadas al año	13
Porcentaje IBL	42.11%	Ingreso Anual	61,494,396
Número de mesadas	13		
Ingresos anuales	35,453,361		

Convenciones

N/A: El afiliado no puede pensionarse anticipadamente a esta edad, porque el capital no le alcanza para financiar una pensión del 110% del SMLV a la fecha de la expedición de la ley 100 de 1.993, actualizado anualmente al IPC.

GPM: El afiliado tendrá derecho a las garantías de pensión mínima régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DS: A partir de los 57 años para mujeres y de los 62 años para hombres, si la pensión es inferior a un mínimo y si no cumple con el tiempo de cotización exigido por la ley para GPM, se genera una devolución de saldos.

IS: El afiliado tendrá derecho a la indemnización sustitutiva bajo el régimen de prima media.

Tasa de Negociación del bono

Cuando se decide optar por una Pensión (sic) Anticipada, es necesario negociar el bono pensional en el mercado financiero, negociación que implica descontar dicha (sic) título a una tasa de negociación acorde con las condiciones del mercado. Los cálculos aquí realizados están efectuados bajo las condiciones actuales, las cuales son variables en el tiempo, teniendo impacto directo en el valor de su mesada pensional, de lo anterior se puede deducir que el valor estimado puede ser diferente (sic).

Valor de la Mesada

Este valor es función de los siguientes aspectos:

- El capital acumulado al momento de acceder a la Pensión. Este capital está conformado por el valor de la cuenta individual más el valor del bono pensional, ya sea negociado o redimido.
- La edad de pensión
- La edad del cónyuge
- La tasa esperada de rendimiento del Fondo de Pensiones

A pesar de que la administradora le brindó al afiliado una *reasesoría* en los términos antes citados, la Sala considera que este mero hecho no tiene la vocación de subsanar el incumplimiento de su deber de información, dado que el monto de la pensión no es el único dato sobre el cual el afiliado funda su decisión, ya que existe otra información relevante que puede influir en esta tal y como se muestra a continuación:

El haber patrimonial de los aportes: en ahorro individual, el afiliado posee una cuenta que forma parte de su patrimonio mientras que en prima media no existe patrimonio individualizado de cada aportante puesto que todas las cotizaciones van a un fondo común pensional público que financia las pensiones de todos los que se encuentran en ese régimen.

Los excedentes de libre disponibilidad: es una posibilidad que tiene el afiliado al momento de pensionarse dado que puede optar por recibir una pensión de vejez más baja a cambio de obtener que de su cuenta individual se le entregue un excedente que se liquida con base en un cálculo actuarial que tiene en cuenta el IBL a esa fecha mientras que en prima media eso no es posible porque las cotizaciones van a un fondo que financia todas las pensiones de sus afiliados.

La edad de pensión: en el Régimen de Ahorro Individual es posible pensionarse antes de los 62 años debido a la suficiencia de capital ahorrado en la cuenta individual que financie al menos una pensión de 110% del salario mínimo vigente. En el Régimen de Prima Media debe cumplirse inexorablemente la edad pensional como requisito de la ley para pensionarse por vejez.

El número de semanas necesarias: en ahorro individual, el derecho para pensionarse por vejez se mide por el capital acumulado en cuenta, sumado el bono pensional y los rendimientos obtenidos durante su permanencia en cuenta, más los aportes voluntarios que pueda ahorrar el afiliado cotizante, en tanto en el otro régimen esto no es posible puesto que debe cumplirse con el requisito mínimo de 1300 semanas.

Las consecuencias del no cumplimiento de los requisitos: cuando esto sucede en la administración privada, el afiliado tiene derecho a la devolución del saldo acumulado en cuenta junto con sus rendimientos y el bono pensional, si tiene derecho a ello. En cambio, en prima media el cotizante recibe una indemnización sustitutiva que es inferior a la ya mencionada opción.

El destino de los aportes cuando el afiliado fallece y no hay beneficiarios: en el régimen de las administradoras privadas, si

el afiliado fallece y no tiene beneficiario de su pensión, los dineros que permanecían en la cuenta individual incluyendo el bono pensional del afiliado, se suman a la masa herencial; en cambio, en el régimen administrado por Colpensiones esta posibilidad no existe, pues en tal caso, simplemente las cotizaciones efectuadas en vida del afiliado forman parte del fondo común pensional para cumplir con el principio de solidaridad.

Por esta razón, no es de recibo para la Sala la argumentación esbozada por el Tribunal en cuanto a que la reasesoría subsanó la falta de información brindada al momento de la afiliación, pues se insiste, el cotizante no puede tomar una decisión informada basándose únicamente en la comparación del monto de la pensión de vejez que fue el único dato relevante que Protección S.A le suministró a Jorge Alonso Beltrán Giraldo.

Al respecto en la sentencia SL1688-2019, la Sala adoctrino:

Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información (Subraya la Sala).

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

En conclusión, la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, se declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, no perdió los beneficios del régimen de transición.

Nótese que un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga en su día, pierde su utilidad, y ello equivale a la ausencia de información toda vez que el deber que le asiste a las sociedades administradores de pensiones se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad a éste (SL1688-2019)".

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio de las representantes legales de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por

los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se declarará la ineficacia del acto de traslado de Mónica Zuluaga Jaramillo del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PROTECCIÓN S.A. el día 29 de noviembre de 1994 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien

administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“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”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, se **CONDENARÁ a PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen. Igualmente, se **CONDENARÁ a PORVENIR S.A.** que proceda a trasladar a **COLPENSIONES** de manera inmediata, la totalidad de los gastos de administración debidamente indexados que fueron pagados por la accionante durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo.

Al punto, se aclara que se condena por gastos de administración debidamente indexados, dado que es necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a COLPENSIONES a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

Sobre el tópico, se precisa que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

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

PRESCRIPCIÓN.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00324 -01
Demandante: **MÓNICA MARÍA ZULUAGA JARAMILLO,**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

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”.

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se imponen a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.; no se imponen a COLPENSIONES por considerarse que no intervino en el acto de traslado de la accionante.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

A. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de MÓNICA ZULUAGA JARAMILLO del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PROTECCIÓN S.A. el día 29 de noviembre de 1994 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

B. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por MÓNICA ZULUAGA JARAMILLO y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexados, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

C. CONDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los gastos de administración debidamente indexados que fueron pagados por MÓNICA ZULUAGA JARAMILLO durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo.

D. ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores enunciados en los literales b) y c) de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de MÓNICA ZULUAGA JARAMILLO al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias a cargo de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES.

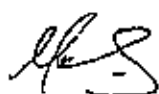
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00324 -01
Demandante: **MÓNICA MARÍA ZULUAGA JARAMILLO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00781 -01
Demandante: **JARDINES DE CHÍA S.A.S.**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver **el recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. de la sentencia proferida el 26 de junio de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **JARDINES DE CHÍA S.A.S.** en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el pago de 39 incapacidades y/o licencias de maternidad expedidas a sus trabajadores.

1.2 HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: 1) Durante la vigencia del contrato de trabajo, 14 trabajadores afiliados a la **E.P.S. CAFESALUD**, presentaron incapacidades y/o licencias de maternidad; 2); Pagó las correspondientes incapacidades y/o licencias de maternidad; y 3) Solicitó el pago de las prestaciones económicas a la entidad promotora de salud de sus trabajadores, no obstante, ésta se negó a reconocer su pago.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 19), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó licencias de maternidad aprobadas para su pago, incapacidades a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.**, incapacidades que no se registran en el sistema, incapacidades causadas sin relación laboral, incapacidades a cargo del empleador, y la genérica.

Indicó que 13 de las prestaciones económicas ya fueron liquidadas y aprobadas para su pago; que cuatro incapacidades no están registradas en su sistema; que dos incapacidades están a

cargo del empleador; y que en dos incapacidades no se presenta cotización por parte de la empresa frente a sus trabajadores.

Manifestó que en providencia del 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió medida cautelar, estableciendo que es **MEDIMÁS E.P.S.**, la encargada del reconocimiento de las prestaciones económicas que se encuentra pendientes.

MEDIMÁS E.P.S., (medio óptico de folio 19), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito la que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que 13 de las prestaciones económicas que se reclaman se causaron en vigencia de **CAFESALUD E.P.S.**; que ocho incapacidades fueron pagadas por **MEDIMÁS E.P.S.**, de forma parcial; y que su función de aseguramiento inició el 01 de agosto de 2017.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 20 a 30), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 26 de junio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones de la demanda presentada por la sociedad **JARDINES DE CHÍA S.A.S.** en contra de **CAFESALUD E.P.S.** y **MEDIMÁS E.P.S.**

TERCERO: ORDENAR a **CAFESALUD E.P.S.** a pagar de la sociedad **JARDINES DE CHÍA S.A.S.** la suma de \$17'418.288, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, con las correspondientes actualizaciones monetarias.

CUARTO: ORDENAR a **MEDIMÁS E.P.S.** a pagar a la sociedad **JARDINES DE CHÍA S.A.S.** la suma de \$2'885.538, dentro de los cinco

(5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, con las correspondientes actualizaciones monetarias. {...}"

En síntesis, refirió que al haberse decretado la toma de posesión inmediata para liquidar **CAFESALUD E.P.S.**, su agente liquidador tiene el deber de velar por el levantamiento de las medidas cautelares que pesan sobre los bienes de la entidad, lo que supone que a partir de la Resolución 007172 de 2019 se debió de ejercer las acciones tendientes para tal fin; que lo anterior, no fundamenta que la E.P.S. se sustraiga de la obligación de pago frente a las prestaciones económicas a su cargo; y que los recursos con los que se pagan licencias de maternidad son del **A.D.R.E.S.**, de manera que la E.P.S. es una intermediaria que tiene como fin destinar en debida forma los recursos que le son suministrados para el reconocimiento de tal prestación económica.

Explicó que se encuentra acreditado el reconocimiento de \$15'408.311 por concepto de licencias de maternidad; y que la licencia de CARMELITA NAVARRETE CASTELLANOS fue liquidada por 98 días cuando su incapacidad se extendió por 122 días, por lo que, se debió reconocer un total de \$15'966.71.

Indicó que previo a verificar los requisitos para el reconocimiento de cada incapacidad era necesario advertir: que en el plenario se encuentra acreditado que el empleador elevó solicitud de reconocimiento y pago frente a las incapacidades de SANDRA ISABEL SALAS PADILLA del 30 de noviembre de 2015, MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO del 12 de julio de 2017, y de MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ del 07 de septiembre de 2016, no siendo así frente a la de CARMELITA NAVARRETE CASTELLANOS del 05 de agosto de 2016, por lo que sólo frente a esta última no se verificaron los requisitos para su reconocimiento; que se acreditó la relación laboral entre el actor y MARTHA ISABEL BOYACÁ CASTILLO y JENNY MARLODY CUESTA CHAPETON, por lo que se verificaron los requisitos para su reconocimiento; y que las incapacidades de MÓNICA GÓMEZ TALERO del 08 de

septiembre de 2015 y SANDRA MILENA PINZÓN BENÍTEZ al no superar los tres días están a cargo del empleador.

Agregó que no cumplen los requisitos para su reconocimiento las incapacidades de YULY PAOLA CAMERO CORREA del 10 de marzo de 2017, JENNY MARDOLY CUESTA CHAPETÓN del 25 de marzo de 2016, MÓNICA GÓMEZ TALERO del 08 de septiembre de 2015, CARMELITA NAVARRETE CASTELLANOS del 04 de agosto de 2016, MARÍA YOLANDA PÉREZ AMADOR del 03 de junio de 2016, SANDRA MILENA PINZÓN BENÍTEZ del 29 de julio y 13 de agosto de 2016, CARMENZA RAMÍREZ CALVO del 12 de septiembre de 2016, y MARTHA CECILIA TAFUR del 02 de septiembre de 2016, ya que están a cargo del empleador; que resulta procedente el pago de las incapacidades de MARTHA ISABEL BOYACÁ CASTILLO del 21 y 28 de noviembre de 2016, YURY PAOLA CAMERO CORREA del 04 de marzo, 04 y 11 de mayo de 2016, JENNY MARLODY CUESTA CHAPETÓN del 25 de mayo de 2016, MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ del 07 de septiembre y el 19 de noviembre de 2016, CARMENZA RAMÍREZ CALVO del 30 de mayo y 29 de junio de 2017, CLARA LUCÍA RODRÍGUEZ CHITIVA del 20 de enero de 2017, SANDRA ISABEL SALAS PADILLA del 30 de noviembre de 2015 y 01 de enero de 2016, MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO del 23 de mayo, 18 de junio, 28 de julio, 17 de agosto, y 12 de julio de 2017, y MARYORI TORRES MARÍN del 28 de julio de 2016, 10 de mayo, 17 y 24 de junio, y 04 y 14 de julio de 2017.

Concluyó expresando que **CAFESALUD E.P.S.** es responsable de las obligaciones causadas hasta el 31 de julio de 2017, y **MEDIMÁS E.P.S.** de las causadas a partir del 01 de agosto del mismo año; y que por lo anterior, se encuentra a cargo de **CAFESALUD E.P.S.** la suma de \$17'418.288, y de **MEDIMÁS E.P.S.**, \$2'885.538.

IV. APELACIÓN.

CAFÉSALUD E.P.S. (fls.60 a 67).

Adujo que las incapacidades de MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO del 18 de junio, 28 de julio, y 17 de agosto de 2016, ya fueron pagadas; que 23 incapacidades que fueron enviadas a la **E.P.S. MEDIMÁS** para su pago, en virtud del auto del 26 de octubre de 2017, ya fueron canceladas; que la prestación económica de MARYORI TORRES MARÍN del 24 de junio de 2017 por diez días fue pagada parcialmente por valor de \$170.130; que no hubo un pronunciamiento frente a las incapacidades de MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ del 07 de septiembre de 2016, y de SANDRA ISABEL SALAS PADILLA del 30 de noviembre de 2015, prestaciones que no fueron objeto de reclamo ante la entidad; y que mediante la Resolución 007172 de 2019 se ordenó la liquidación de **CAFESALUD E.P.S.**, motivo por el que se publicaron dos avisos para que todas las personas que consideraran que tenían derecho a formular reclamación, realizaran la radicación de su crédito.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **los problemas jurídicos** a

resolver se circunscriben a determinar si se acreditó el pago de las incapacidades otorgadas a MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO el 18 de junio, 28 de julio, y 17 de agosto de 2016; si las incapacidades que fueron enviadas a la **E.P.S. MEDIMÁS** para su pago en virtud del auto del 26 de octubre de 2017, ya fueron canceladas; si la prestación económica de MARYORI TORRES MARÍN del 24 de junio de 2017 fue pagada parcialmente; si hay lugar al reconocimiento de las incapacidades de MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ del 07 de septiembre de 2016, y de SANDRA ISABEL SALAS PADILLA del 30 de noviembre de 2015; y si hay lugar al pago de incapacidades y/o licencias de maternidad ante la existencia de un proceso liquidatorio a nombre de **CAFESALUD E.P.S.**

DEL PAGO DE INCAPACIDADES Y/O LICENCIAS DE MATERNIDAD.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea

el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

En igual sentido, una trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas, contadas a partir del día del parto o del tiempo que estipule el médico que debe ausentarse de su trabajo; a la madre se le deberá pagar el salario que devengue al momento de iniciar la licencia, según las voces del artículo 236 del C.S.T.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad y las licencias de maternidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que aduce:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de sus trabajadores.

Ahora bien, y relación con las incapacidades, el reembolso que solicite el empleador sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999**¹.

¹ “Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T²**.

No obstante, la constitucionalidad de dicha norma fue sometida a estudio por la H. Corte Constitucional, a través de la sentencia **C-543 de 2007**, en la que dijo lo siguiente:

" (...) la Corte ha analizado en anteriores ocasiones la relación del derecho al mínimo vital y el pago de las incapacidades laborales. En casos de protección de derechos mediante la acción de tutela, por ejemplo, ha considerado que procede el pago de licencias por incapacidad laboral, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios para su cobro, toda vez que el pago de la incapacidad se equipara al salario para la persona que no ha podido acudir al trabajo y, por tanto, tiene estrecha relación con el derecho fundamental a obtener las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas.

(...)

En atención a los anteriores elementos la Corte considera pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal".

Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente."

2 **"ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO.** <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante".

Por otra parte, y en relación con la **licencia de maternidad**, la H. Corte Constitucional en las sentencias T-049 de 2011, T-503 de 2016, y T-529 de 2019, explicó que cuando se niega la licencia de maternidad con el argumento de que no se cumplió con el periodo mínimo de cotización en el periodo de gestación, la E.P.S. viola el derecho fundamental a la salud, la vida de la mujer y del recién nacido, puesto que tal exigencia no debe tenerse como argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, en tanto que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de **manera total o proporcional**.

De esta manera, la H. Corte Constitucional ha expuesto dos hipótesis que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad”*. Por su parte, la segunda hipótesis señala que: *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó”*. En la sentencia T-174 de 2008 se aclaró que los dos meses correspondían a 10 semanas.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la

Demandante: **JARDINES DE CHÍA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios - por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente - tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que el conocimiento de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la **E.P.S. CAFESALUD**, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

DEL CASO CON CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Que durante la vigencia del contrato de trabajo de 14 trabajadores con **JARDINES DE CHÍA S.A.S.**, éstos incurrieron en incapacidades, que se pormenorizaran más adelante, de las que no se ha logrado su pago (medio óptico de folio 5).
- ii) Que el empleador **JARDINES DE CHÍA S.A.S.** efectuó solicitudes ante las demandadas para lograr el pago de las incapacidades de algunos de sus 14 trabajadores, como se señalará más adelante, los días 27 de julio y 15, 16 y 22 de agosto de 2017 (medio óptico de folio 5).
- iii) Que el 05 de julio de 2017, **CAFÉSALUD E.P.S.** solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de **CAFÉSALUD E.P.S.** a **MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 19).

Demandante: **JARDINES DE CHÍA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

- iv) Que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales (medio óptico de folio 19).
- v) Que mediante la Resolución N° 007172 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar **CAFÉSALUD E.P.S.**, por el término de dos años (fls. 39 a 41).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFÉSALUD E.P.S.**, aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Aclarado lo anterior, se tiene que **JARDINES DE CHÍA S.A.S.** solicita el pago de las siguientes incapacidades y/o licencias de maternidad:

No	TRABAJADOR	FECHA INICIO	DÍAS DE INCAPACIDAD
1	MARTHA ISABEL BOYACÁ CASTILLO.	21/11/2016	5
2	MARTHA ISABEL BOYACÁ CASTILLO.	28/11/2016	3
3	JULY PAOLA CAMERO CORREA.	04/03/2016	3

Demandante: **JARDINES DE CHÍA S.A.S.**Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

4	JULY PAOLA CAMERO CORREA.	04/05/2016	5
5	JULY PAOLA CAMERO CORREA.	11/05/2016	7
6	JULY PAOLA CAMERO CORREA.	19/05/2016	98
7	CRISANTO CIFUENTES PINEDA.	10/03/2017	1
8	JENNY MARLODY CUESTA CHAPETÓN.	25/05/2016	2
9	JENNY MARLODY CUESTA CHAPETÓN.	22/08/2016	4
10	JENNY MARLODY CUESTA CHAPETÓN.	12/09/2016	98
11	MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ.	07/09/2016	3
12	MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ.	19/11/2016	3
13	MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ.	16/03/2017	126
14	MÓNICA GÓMEZ TALERÓ.	08/09/2015	2
15	CARMELITA NAVARRETE CASTELLANOS.	29/04/2016	98
16	CARMELITA NAVARRETE CASTELLANOS.	05/08/2016	24
17	MARÍA YOLANDA PÉREZ AMADOR.	03/06/2016	2
18	SANDRA MILENA PINZÓN BENÍTEZ.	29/07/2016	1
19	SANDRA MILENA PINZÓN BENÍTEZ.	13/08/2016	1
20	SANDRA MILENA PINZÓN BENÍTEZ.	16/08/2016	1
21	CARMENZA RAMÍREZ CALVO.	12/09/2016	1
22	CARMENZA RAMÍREZ CALVO.	30/05/2017	28
23	CARMENZA RAMÍREZ CALVO.	29/06/2017	30
24	CLARA LUCIA RODRÍGUEZ CHITIVA.	20/01/2017	12
25	SANDRA ISABEL SALAS PADILLA.	30/11/2015	13
26	SANDRA ISABEL SALAS PADILLA.	01/01/2016	8
27	SANDRA ISABEL SALAS PADILLA.	04/06/2016	98
28	MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO.	23/05/2016	5
29	MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO.	18/06/2016	3
30	MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO.	17/08/2016	3
31	MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO.	02/09/2016	2
32	MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO.	12/07/2017	4
33	MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO.	28/07/2016	5
34	MARYORI TORRES MARÍN.	10/05/2017	5
35	MARYORI TORRES MARÍN.	17/06/2017	7
36	MARYORI TORRES MARÍN.	24/06/2017	10
37	MARYORI TORRES MARÍN.	04/07/2017	10
38	MARYORI TORRES MARÍN.	14/07/2017	8
39	MARYORI TORRES MARÍN.	22/07/2017	126

Ahora bien, y en cuanto a las liquidaciones objeto de impugnación tenemos en relación con las de Martha Cecilia Tafur Perdomo del 18 de junio, 28 de julio y 17 de agosto de 2016 que, en el plenario no obra prueba de la que se pueda desprender el pago de las respectivas incapacidades.

Igualmente, en la impugnación se señala que no se pagaron las siguientes incapacidades:

Demandante: **JARDINES DE CHÍA S.A.S.**Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

No	TRABAJADOR	FECHA INICIO	DÍAS DE INCAPACIDAD
1	MARTHA ISABEL BOYACÁ CASTILLO.	21/11/2016	5
2	MARTHA ISABEL BOYACÁ CASTILLO.	28/11/2016	3
3	JULY PAOLA CAMERO CORREA.	04/03/2016	3
4	JULY PAOLA CAMERO CORREA.	04/05/2016	5
5	JULY PAOLA CAMERO CORREA.	11/05/2016	7
6	JULY PAOLA CAMERO CORREA.	19/05/2016	98
7	JENNY MARLODY CUESTA CHAPETÓN.	22/08/2016	4
8	JENNY MARLODY CUESTA CHAPETÓN.	12/09/2016	98
9	MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ.	19/11/2016	3
10	MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ.	16/03/2017	126
11	CARMELITA NAVARRETE CASTELLANOS.	29/04/2016	98
12	CARMENZA RAMÍREZ CALVO.	30/05/2017	28
13	CARMENZA RAMÍREZ CALVO.	29/06/2017	30
14	CLARA LUCIA RODRÍGUEZ CHITIVA.	20/01/2017	12
15	SANDRA ISABEL SALAS PADILLA.	01/01/2016	8
16	SANDRA ISABEL SALAS PADILLA.	04/06/2016	98
17	MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO.	23/05/2016	5
18	MARTHA CECILIA TAFUR PERDOMO.	12/07/2017	4
19	MARYORI TORRES MARÍN.	10/05/2017	5
20	MARYORI TORRES MARÍN.	17/06/2017	7
21	MARYORI TORRES MARÍN.	04/07/2017	10
22	MARYORI TORRES MARÍN.	14/07/2017	8
23	MARYORI TORRES MARÍN.	22/07/2017	126

Del mismo modo, se hace alusión a que se pagó parcialmente la incapacidad de Maryori Torres Marín del 24 de junio de 2017.

Sentados las anteriores situaciones fácticas, recuérdese que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

De esta manera, le correspondía a CAFESALUD E.P.S. allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico; no obstante, y tan sólo cuando se elevó la impugnación por aquella, fue que se puso de presente el

pago de las correspondientes incapacidades con el respectivo soporte documental. Al respecto, es necesario tener en cuenta que el proceso sumario, goza de un procedimiento corto y expedito, más ello no es óbice para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

“(…) La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

En ese orden de ideas, el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece las etapas del proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, resaltándose que no se prevé expresamente la posibilidad de contestar la demanda, y sí que prevalecerá la informalidad, miremos:

“La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el proceso sumario, se entiende que se pudieron arrimar las

constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictara sentencia.** Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

“Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

En este orden, por haberse satisfecho el requisito de la edad con posterioridad a la presentación de la demanda, se está ante un hecho sobreviniente que no puede desconocerse, además de tener respaldo normativo procesal en el artículo 281 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS”.

En el sub lite, se observa que el A Quo garantizó el debido proceso de **CAFESALUD E.P.S.**, ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda, allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa (medio óptico de folio 19).

Por otra parte, no desconoce la Sala que los documentos en que se fundamenta la impugnación son de fechas *posteriores* a la radicación de la contestación de la demanda, 18 de enero de 2018 (medio óptico de folio 19), pues los documentos con los que se argumenta el recurso de apelación, esto es, las relaciones de pago por transferencia detallada por proveedor, consulta histórico pago de nómina, extractos cuenta de ahorro, son del **20 de febrero, 26 de julio, 30 de agosto, 21 de septiembre, 01 y 14 de noviembre de 2018**, (fls. 42 a 55); no obstante, la sentencia

que profirió la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se dictó el 26 de junio de 2020, de manera que, ante la posibilidad de allegarse antes de dictarse sentencia primera instancia, no pueden tenerse como hechos sobrevinientes.

En ese orden de ideas, no es posible estudiar los documentos allegados con la impugnación, para con ellos verificar si se logró acreditar el pago de los valores recobrados.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de tener en cuenta los aludidos documentos, la Sala tendría que concluir que si bien de éstos se logran extraer unos pagos por parte de **CAFESALUD E.P.S.** a favor de **JARDINES DE CHÍA S.A.S.** se desconoce por qué concepto se pagaron. En efecto, en cada uno de los pagos relacionados si bien se señala que obedecieron a licencias de maternidad y/o incapacidades, así como están identificados con un número de radicado, lo cierto es que no existe prueba alguna de la que se pueda extraer que dicho radicado corresponda a cada trabajador de la empresa reclamante, por lo que en tales condiciones no resulta dable determinar fehacientemente si se reconocieron o no las prestaciones económicas que aquí se deprecian.

Por otra parte, y en relación con las incapacidades de MARIBEL GÓMEZ RODRÍGUEZ del 07 de septiembre de 2016 y Sandra Isabel Salas Padilla del 30 de noviembre de 2015, observa la Sala que dichas prestaciones se solicitaron a CAFESALUD E.P.S. tal y como se extrae de las cuentas de cobro obrantes en el medio óptico de folio 5, en donde se denota que ambas solicitudes se elevaron el 27 de julio de 2017, aunado a que se allegaron los correspondientes comprobantes de pago de las respectivas incapacidades, por lo que considera la Sala que no es dable alegar que no se encontraban registradas en el sistema de **CAFESALUD E.P.S.**, pues de ser ello así, tal situación obedece a un hecho ajeno a la parte actora.

Demandante: **JARDINES DE CHÍA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral tercero de la sentencia, esto es: "**ORDENAR** a **CAFESALUD E.P.S.** a pagar de la sociedad **JARDINES DE CHÍA S.A.S.** la suma de \$17'418.288, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, con las correspondientes actualizaciones monetarias", requiera a la demandada **CAFESALUD E.P.S.**, para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de las incapacidades y/o licencias de maternidad que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Demandante: **JARDINES DE CHÍA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00808 -01
Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**
Demandado: **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **SERVIOLA S.A.S.** promoviese en contra de **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD. E.P.S. S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el pago de 62 incapacidades y/o licencias de maternidad expedidas a sus trabajadores, así como los intereses moratorios o la indexación.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: 1) Durante la vigencia del contrato de trabajo, 29 trabajadores afiliados a E.P.S. S.O.S. S.A., presentaron incapacidades y/o licencias de maternidad; 2); Pagó las correspondientes incapacidades; 3) Solicitó el pago de las incapacidades a la entidad promotora de salud de sus trabajadores, no obstante, ésta se negó a reconocer su pago; y 4) En ningún momento ha estado en mora respecto del pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. (58 a 67), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, causal justificada de negativa, y cobro de lo no debido.

Indicó que los trabajadores **Johan Misael Garcés Ortega y Luisa Fernanda Ramírez Osorio**, no se encontraban afiliados a **E.P.S. S.O.S. S.A.**, al momento de su incapacidad; y que la

incapacidad de **Jessica Bermúdez Ordoñez** del 04 de febrero de 2014 por cinco días ya fue pagada.

Manifestó que la sociedad demandante ha incurrido en diversas oportunidades en mora, lo que conlleva a la pérdida del derecho; y que no existe allanamiento a la mora, como quiera que el empleador no paga los aportes a salud de sus trabajadores oportunamente, y se efectuaron los correspondientes llamados al empleador.

Finalmente, indicó frente a la licencia de maternidad de **María Fernanda Álzate Núñez** que únicamente aparecen cotizados 180 días; y que operó la prescripción de las incapacidades que no fueron solicitadas dentro del término de tres años contados a partir del momento en que se pagó la incapacidad por parte del empleador.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 101 a 108), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

[...] **SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones de la demanda presentada por la sociedad **SERVIOLA S.A.S.** en contra de **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

TERCERO: ORDENAR a **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.** a pagar de la sociedad **SERVIOLA S.A.S.** la suma de \$2'070.857, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.** pagar a favor de **SERVIOLA S.A.S.** la suma de \$103.543, por concepto de agencias en derecho, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 dispone que el término de la prescripción del derecho a solicitar el reembolso de prestaciones económicas es de tres años, contado a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador; que en el plenario no se encuentra misiva con la que se puede establecer que se interrumpió el fenómeno prescriptivo; y que por lo anterior, a la fecha únicamente son exigibles 18 incapacidades.

Explicó que frente a las incapacidades no prescritas se encontraba vigentes al momento de su expedición el Decreto 1804 de 1999, norma que imponía al empleador para acceder al reembolso de las prestaciones económicas que hubiera cancelado los aportes completos respecto de todos sus trabajadores durante el año anterior a la expedición de la incapacidad; que no se arrimaron al expediente pruebas idóneas que permitan establecer la mora que se alega; que el afiliado sólo perderá el derecho de recibir el pago de la prestación económica cuando los aportes se hayan efectuado en forma inoportuna, lo que no acaeció; y que las incapacidades se liquidan teniendo en cuenta que aquellas que no presentan interrupción de más de 30 días, se deben entender como una sola, y que el I.B.L. no puede ser inferior al salario mínimo.

Concluyó expresando que no hay lugar a intereses moratorios, dado que no está acreditado solicitud o requerimiento que se hubiese efectuado por parte del empleador demandante para que se efectuara el reconocimiento de las incapacidades por parte de la demandada; y que por lo anterior, el valor objeto de condena se debe reconocer debidamente indexado.

IV. APELACIÓN.

SERVIOLA S.A.S. (fls.113 a 115).

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00808 -01
Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**
Demandado: **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

Adujo que se liquidaron cuatro incapacidades, esto es, las identificadas con los números: **142525, 146816, 3954, y 77926**, por debajo del valor reclamado, ya que no se tomó como I.B.L. el salario mínimo correspondiente al año 2014, de manera que por las incapacidades con radicados 142525, 146816, 3954, y 77926, se debieron reconocer las sumas de \$41.064, \$82.128, \$143.724, y \$307.980, respectivamente.

Manifestó que no se realizó pronunciamiento alguno sobre las incapacidades n° **1270384, 20140303, 102282, y 6446**.

Indicó que en el expediente obran las correspondientes solicitudes efectuadas, e inclusive el correspondiente cuadro Excel de las mismas, por lo que no se puede predicar que operó la excepción de prescripción; y que, al existir dentro del plenario las correspondientes solicitudes, también resultan procedentes los intereses moratorios, por demás que, conforme al artículo 167 del C.G.P. el juez está facultado para trasladar la carga de la prueba a la persona que está en mejores condiciones para demostrar los eventos alegados.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA:

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver** se circunscriben a determinar si se encuentra demostrado que **SERVIOLA S.A.S.** logró interrumpir el fenómeno prescriptivo; si se encuentran debidamente liquidadas las incapacidades n° 142525, 146816, 3954, y 77926; si hay lugar al pago de las incapacidades 1270384, 20140303, 102282, y 6446; y finalmente, si hay lugar a intereses moratorios.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES Y/O LICENCIAS DE MATERNIDAD.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

En igual sentido, la trabajadora gestante tiene derecho a una licencia de 18 semanas, contadas a partir del día del parto o del tiempo que estipule el médico que debe ausentarse de su trabajo; a la madre se le deberá pagar el salario que devengue al momento de iniciar la licencia, según las voces del artículo 236 del C.S.T.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad y las licencias de maternidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que aduce:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de sus trabajadores.

Ahora bien, y relación con las incapacidades, el reembolso que solicite el empleador, sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días, están en cabeza del empleador, según el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999¹**.

¹ “Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o. «Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:» En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**

Demandado: **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T²**.

No obstante, la norma aludida fue estudiada su constitucionalidad, por parte de la H. Corte Constitucional, a través de la sentencia **C-543 de 2007**, en la que dijo lo siguiente:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.

Así las cosas, de estar demostrada la afectación del mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales, procederá la tutela para ordenar su cancelación”.

En atención a los anteriores elementos la Corte considera pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal”.

Por otra parte, y en relación con la **licencia de maternidad**, la H. Corte Constitucional en sentencias T-049 de 2011, T- 503 de 2016, y T-529 de 2019, explicó que cuando se niega la licencia de maternidad con el argumento de que no se cumplió con el

2 "ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

período mínimo de cotización en el periodo de gestación, es la siguiente: una E.P.S. viola el derecho fundamental a la salud, la vida de la mujer y del recién nacido, cuando niega el reconocimiento de la licencia de maternidad con fundamento en que las semanas cotizadas no son iguales a las de gestación, puesto que tal exigencia no debe tenerse como argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, en tanto que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de **manera total o proporcional**.

De esta manera, la H. Corte Constitucional ha expuesto dos hipótesis que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad”*. Por su parte, la segunda hipótesis señala que: *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó”*. En sentencia T-174 de 2008 se aclaró que los dos meses correspondían a 10 semanas.

DEL CASO CON CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) El 02 de mayo de 2016, **SERVIOLA S.A.S.**, formuló queja contra **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**, como quiera que se le adeudaba la suma de \$26'321.180 por concepto de prestaciones económicas, adjuntando un informe de cartera al 01 de abril de 2016, certificado de existencia y representación, y correos electrónicos de junio de

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**Demandado: **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

2014, agosto y noviembre de 2015, y enero de 2016, en el que valga la pena resaltar, no aparecen individualizadas las prestaciones económicas que se adeudan (fls.15 a 33).

- ii) **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.** requirió en diversas ocasiones a **SERVIOLA S.A.S.**, con el fin de que se efectuaran los correspondientes pagos por concepto de aportes, bajo el lema "Dígame no a la mora" (fls. 80 a 100).

Descendiendo al caso, se encuentra que el A Quo declaró la prescripción de las siguientes incapacidades:

No	TRABAJADOR	RADICADO	FECHA INCAPACIDAD	DÍAS DE INCAPACIDAD
1	ALEXANDER OBANDO.	1230565	21/03/2014	3
2	JOHAN MISAEL GARCES ORTEGA.	1139821	31/08/2013	4
3	JOHAN MISAEL GARCES ORTEGA.	1139828	04/09/2013	15
4	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1194746011	08/01/2014	3
5	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1194746011	11/01/2014	3
6	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1194746011	21/01/2014	2
7	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1201748	24/01/2014	2
8	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1194746011	27/01/2014	1
9	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1194746011	31/01/2014	4
10	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1194746011	04/02/2014	4
11	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1194746011	08/02/2014	5
12	JOSÉ DAIRO SATIZABAL CAMPO.	1194746011	13/02/2014	3
13	MARÍA LILIANA MARTÍNEZ MONEDERO.	104646	17/01/2014	20
14	YOLI NANCY HOYOS POPAYÁN.	1230564	01/04/2014	3
15	JIMENA SÁNCHEZ MARÍN.	1194661	22/01/2014	3
16	ALEXANDER MÉNDEZ IRIARTE.	1209003	14/02/2014	3
17	LUIS FERNANDA RAMÍREZ OSORIO.	1220256	10/03/2014	3
18	IRMA VANESSA PORRAS ORTÍZ.	1149508	09/10/2013	2
19	IRMA VANESSA PORRAS ORTÍZ.	20072447	20/01/2014	3
20	IRMA VANESSA PORRAS ORTÍZ.	20141832	23/01/2014	8
21	IRMA VANESSA PORRAS ORTÍZ.	20136843	31/01/2014	4
22	IRMA VANESSA PORRAS ORTÍZ.	20250569	04/02/2014	4
23	IRMA VANESSA PORRAS ORTÍZ.	1460415	08/02/2014	3
24	MAGDALENA LÓPEZ BEDOYA.	20853862	08/04/2014	3
25	MAGDALENA LÓPEZ BEDOYA.	1243870	24/04/2014	3
26	JULIANA ALEXANDRA VERA SANTACRUZ.	146788	06/11/2014	4
27	LIZETH ORNELA VELÁSQUEZ AGUILAR.	79947	17/03/2014	4
28	MARISOL ORTÍZ OCAMPO.	19792629	16/12/2013	3
29	MARISOL ORTÍZ OCAMPO.	20140221	21/02/2014	3
30	VIVIANA LORENA VALENCIA ORTEGA.	120911	21/01/2014	3
31	SERY ZUGEY LÓPEZ ALZATE.	14578	19/03/2014	3

32	JESSICA BERMÚDEZ ORDOÑEZ.	7690	04/02/2014	5
33	JESSICA BERMÚDEZ ORDOÑEZ.	2569	03/03/2014	3
34	KELLY YULIANA ARIZA JARAMILLO.	1194667	25/12/2013	3
35	KELLY YULIANA ARIZA JARAMILLO.	1194744	17/01/2014	3
36	KELLY YULIANA ARIZA JARAMILLO.	5869	03/03/2014	3
37	KELLY YULIANA ARIZA JARAMILLO.	5698	23/03/2014	3
38	KELLY YULIANA ARIZA JARAMILLO.	87459	28/03/2014	7
39	KELLY YULIANA ARIZA JARAMILLO.	78459	02/04/2014	7
40	GLORIA STEFANNY SÁNCHEZ PÉREZ.	123678	21/04/2014	3

Ahora bien, en efecto, revisadas en forma pormenorizada las documentales allegadas al plenario, brilla por su ausencia prueba que dé cuenta de la solicitud que elevó **SERVIOLA S.A.S.** para tener por interrumpido el fenómeno prescriptivo (en medio digitalizado y/o cuadro Excel), así como tampoco que la demandada hubiera aceptado las fechas en que presuntamente se efectuaron las correspondientes reclamaciones, recuérdese que de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011³ se tenía de un término de tres años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente a trabajador para solicitar el reembolso de las prestaciones económicas, y que el simple reclamo del demandante hubiera interrumpido la ocurrencia del fenómeno extintivo conforme las voces del artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.⁴

Así las cosas, y dado que la parte actora demandó el 24 de noviembre de 2017, esto es, cuando ya habían transcurrido más tres años, pues de las incapacidades referidas la última que se hizo exigible fue la del 06 de noviembre de 2014 - por cuatro días - esto es, que se extendió hasta el 09 de noviembre de 2014 y se hizo exigible a partir del día siguiente, pudiéndose demandar tal prestación económica **hasta el 10 de noviembre de 2017.**

³ **ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS.** El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

⁴ **ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

En cuanto a las liquidaciones objeto de impugnación, esto es, las de **Kelly Giovana Mulato Olaya**, identificadas con radicados números **142525, 146816, 3954, y 77926**, se observa que estas se causaron entre el 25 de noviembre y el 26 de diciembre de 2014, y que se debió tener en cuenta para tal liquidación el que era el salario mínimo de 2014, esto es \$616.000; de manera que se procede a realizar su liquidación, teniendo en cuenta además que fueron objeto de prórroga, pues entre una incapacidad y otra no transcurrieron más de un mes, recuérdese que la Resolución 2266 de 1998, vigente para la época de los hechos, -hoy artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 780 de 2016- establecía:

“ARTICULO 13. DE LA PRÓRROGA DE LA INCAPACIDAD. Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta días (30) días calendario”.

Así las cosas, tenemos que los valores resultantes por concepto de tales incapacidades, debieron ser los siguientes:

No	TRABAJADOR	RADICADO	FECHA INCAPACIDAD	DÍAS DE INCAPACIDAD	SALARIO MÍNIMO DIARIO	VALOR	VALOR A QUO
1	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	142525	25/11/2014	3	\$20.533,33	\$61.599,99	\$21.478
2	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	146816	28/11/2014	4	\$20.533,33	\$82.133,66	\$42.957
3	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	3954	05/12/2014	7	\$20.533,33	\$143.733,33	\$107.392
4	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	77926	12/12/2014	15	\$20.533,33	\$307.999,99	\$273.218
TOTAL						\$555.467	\$445.045

Al punto, se resalta que se liquidó la incapacidad sobre los días completos, y que no se imputan los dos primeros días al empleador en cada una de las incapacidades, ya que entre cada incapacidad no hubo una interrupción mayor a 30 días, y que la primera incapacidad solicitada se liquida sobre días completos, ya que, la señora **Kelly Giovana Mulato Olaya** presenta incapacidades desde el 30 de septiembre de 2014, y que fueron reconocidas por el A Quo, sin que estas hubiesen tenido interrupciones mayores a 30 días.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00808 -01
Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**
Demandado: **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

Por tanto, y dado que efectuados los cálculos de rigor la suma resultante **\$595.467**, es superior a la establecida en primera instancia, **\$445.045**, debe reconocerse la diferencia entre ambos valores, esto es, **\$150.422**, de manera que al reconocerse por parte del A Quo la suma de **\$2'070.857**, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** tal valor.

Por otra parte, y en relación con las incapacidades que el impugnante señala no fueron objeto de mención, esto es las números **1270384, 20140303, 102282, y 6446**, se tiene que en efecto el A Quo únicamente hizo referencia a las incapacidades anteriormente aludidas como prescritas, y las siguientes:

No	TRABAJADOR	RADICADO	FECHA INCAPACIDAD	DÍAS DE INCAPACIDAD
1	MÓNICA PATRICIA MONTILLA DOMÍNGUEZ	12922396	23/12/2013	3
2	GIOVANNI ANDRÉS CEBALLOS RODRÍGUEZ	10216363	04/11/2014	4
3	LUISA FERNANDA ZAPATA DUQUE	240025	05/12/2014	4
4	LUISA FERNANDA ZAPATA DUQUE	24800281	17/12/2014	15
5	LUIS CARLOS ANDRADE SANTANDER	4159	29/09/2014	3
6	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	98943	30/09/2014	7
7	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	99638	07/10/2014	4
8	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	101217	23/10/2014	3
9	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	101558	27/10/2014	3
10	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	2724	07/11/2014	14
11	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	142525	25/11/2014	3
12	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	146816	28/11/2014	4
13	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	3954	05/12/2014	7
14	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	77926	12/12/2014	15
15	KELLY GIOVANA MULATO OLAYA	12069	27/12/2014	3
16	MARÍA FERNANDA QUINTERO DUARTE	69506	12/11/2014	8
17	MARÍA FERNANDA QUINTERO DUARTE	1369515	20/11/2014	23
18	STEPHANIA USSA RAYO	102235	04/11/2014	3

En consecuencia, y dado que se omitió efectuar un pronunciamiento sobre las incapacidades **1270384, 20140303, 102282, y 6446**, la Sala procede a su estudio, para lo cual se encuentra lo siguiente:

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**Demandado: **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

No	TRABAJADOR	RADICADO	FECHA INCAPACIDAD	DÍAS DE INCAPACIDAD
1	CESAR HAROLD CIFUENTES TREJOS.	1270384	05/12/2013	13
2	TATIANA MACHADO SIERRA.	20140303	28/02/2014	7
3	ALEJANDRA JURADO POTES.	102282	09/11/2014	10
4	ALEJANDRA JURADO PORTES.	6446	10/12/2014	4

Conforme lo señalado en precedencia, se concluye que las incapacidades **1270384, 20140303, y 102282**, se encuentran prescritas, dado que la última incapacidad se extendió hasta el 18 de noviembre de 2014, por lo que se hizo exigible a partir del día siguiente, pudiéndose demandar tal prestación económica **hasta el 19 de noviembre de 2017**, no obstante, y como se refirió anteriormente, la parte actora demandó el 24 de noviembre de 2017.

En cuanto a la incapacidad No **6446 de Alejandra Jurado Potes**, se encuentra que data del 10 de diciembre de 2014, y que tuvo un término de cuatro días, por lo que, se extendió hasta el 13 del mismo mes y año. Por tanto, y en la medida que no aparece acreditado el salario de la trabajadora, se debió reconocer teniendo como I.B.C. el salario mínimo diario, que a la época al ser el salario mínimo legal mensual vigente la suma de \$616.000 equivale a \$20.533; conforme a ello, por cuatro días se debió reconocer la suma de **\$82.133,33**.

Al punto, se aclara que se liquida la incapacidad sobre cuatro días, y que no se imputan los primeros dos días al empleador, ya que se entiende prorrogada la incapacidad en estudio, al no haber transcurrido entre la primera incapacidad de la trabajadora Alejandra Jurado Potes más de un mes, recuérdese que se extendió hasta el 18 de noviembre de 2014, y que su segunda incapacidad inició el 10 de diciembre de 2014.

En consecuencia, y dado que el A Quo reconoció la suma de **\$2'070.857**, se hace necesario incluir la suma de **\$82.133,33** aunado a la suma aludida anteriormente por concepto del

reajuste efectuado a las incapacidades 142525, 146816, 3954, y 77926, esto es, **\$150.422**, por lo que por concepto de incapacidades se adeuda un total de **\$2'303.412,33**, de manera que se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que se condena a la **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**, a reconocer y pagar a favor de SERVIOLA S.A.S. por concepto de incapacidades la suma de **\$2'303.412,33**.

DE LOS INTERESES MORATORIOS.

Los intereses moratorios tienen lugar una vez vence el plazo límite para efectuar el reconocimiento de una obligación. En relación con incapacidades, el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece:

“Artículo 24. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la **solicitud del aportante**.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1º. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002.

Parágrafo 2º. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**

Demandado: **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar." (Negrillas por la Sala).

De la normativa en cita claramente se evidencia la procedencia de los intereses moratorios ante la falta de pago por parte de la E.P.S., y que dichos intereses se contabilizan desde la solicitud del aportante; no obstante, en el caso de marras no aparece acreditado que se hubiera efectuado solicitud a partir de la cual se pueda contabilizar la ocurrencia de intereses moratorios, por lo que, en tal sentido no queda otro camino que **CONFIRMAR** la absolución impuesta por tal concepto, y confirmar la referente a la indexación.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que se condena a la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. a reconocer y pagar a favor de SERVIOLA S.A.S. por concepto de incapacidades la suma de **\$2'303.412,33.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los

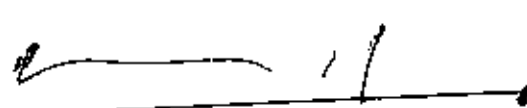
Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00808 -01

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**

Demandado: **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**

términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00815 -01
Demandante: **MARIO DUQUE MASSO.**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **MARIO DUQUE MASSO** en contra de **MEDIMÁS S.A.S. y CAFESALUD E.P.S.**

Demandante: **MARIO DUQUE MASSO.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende **el pago de una licencia de maternidad** correspondiente a 183 días, expedida a favor de su trabajadora Nini Yohana Ospina Gaviria.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nini Yohana Ospina Gaviria hace parte de su planta de trabajadores en el Laboratorio Clínico Mario Duque Masso; **2)** Nini Yohana Ospina Gaviria gozó de licencia de maternidad del 21 de junio al 20 de diciembre de 2017; **3)** Pagó la correspondiente licencia de maternidad; y **4)** El 23 de agosto de 2017 solicitó el reembolso de la licencia de maternidad, sin que a la fecha le hubieren reconocido tal prestación.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 85), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, el pago de las incapacidades reconocidas por CAFESALUD E.P.S. están a cargo de MEDIMÁS E.P.S. en virtud de la medida cautelar de urgencia, y la genérica.

Indicó que en providencia del 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió medida cautelar, estableciendo que es

MEDIMÁS E.P.S. la encargada del reconocimiento de las prestaciones económicas que se encuentra pendientes.

MEDIMÁS E.P.S. No se allegó escrito de contestación de la demanda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 57 a 59), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de mayo de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a las pretensiones de la demanda presentada por el demandante.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. pagar de la sociedad la suma de \$983.623 con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a MEDIMAS E.P.S. a pagar la suma de \$3'516.451, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que a partir del 01 de agosto de 2017, MEDIMÁS E.P.S. asumió el pago de las prestaciones económicas a cargo de CAFESALUD E.P.S.; que el artículo 2.1.7.4. del Decreto 780 de 2016 señala que la E.P.S. de la cual se retira el afiliado tiene a su cargo el reconocimiento de la prestación económica hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad, por lo que, el pago de la licencia de maternidad se encuentra parcialmente en cabeza de ambas entidades promotoras de salud demandadas.

Demandante: **MARIO DUQUE MASSO.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

IV. APELACIÓN.

CAFESALUD E.P.S. (fls. 67 y 68).

Adujo que la prestación se encontraba reconocida y liquidada bajo la factura ILM484507, no obstante, se encontraba pendiente de pago; y que por lo anterior, la parte actora debió acudir al proceso liquidatorio; y que mediante la Resolución 007172 de 2019 se ordenó la liquidación de CAFESALUD E.P.S., motivo por el que se publicaron dos avisos para que todas las personas que consideraran que tenían derecho a formular reclamación, realizaran la radicación de su crédito.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar si hay lugar al pago de la licencia de maternidad que gozó Nini Yohana Espitia Gaviria ante la existencia de un proceso liquidatorio a nombre de CAFESALUD E.P.S.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes. (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003)

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la

Demandante: **MARIO DUQUE MASSO.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que el conocimiento de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

DEL CASO CON CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Que durante la vigencia del contrato de trabajo de Nini Yohana Espitia Gaviria con **MARIO DUQUE MASSO**, la accionante gozó de una licencia de maternidad entre el 21 de junio y el 20 de diciembre de 2017, que fue pagada por el empleador (fls. 4 a 8 y 10).
- ii) Que el empleador **MARIO DUQUE MASSO** efectuó solicitud ante **CAFESALUD E.P.S.** para lograr el pago de licencia de maternidad el 03 de agosto de 2017 (fl.9).

Demandante: **MARIO DUQUE MASSO.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFÉSALUD E.P.S.**

- iii) Que el 05 de julio de 2017, **CAFÉSALUD E.P.S.** solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de **CAFÉSALUD E.P.S. a MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 85).
- iv) Que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.
- v) Que mediante la Resolución N° 007172 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar **CAFÉSALUD E.P.S.**, por el término de dos años (medio óptico de folio 85).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFÉSALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Ahora bien, la Sala no desconoce que mediante providencia del 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia, dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.**, prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales. No obstante, en proveído del 10 de abril de 2019 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que las prestaciones **posteriores al 01 de agosto de 2017** quedaron a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.** y las anteriores a cargo de **CAFÉSALUD E.P.S.:**

“De todo lo anterior, resulta claro para la Sala que durante los años 2015 a julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., vulneró el derecho colectivo de acceso al servicio público de la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna a sus afiliados. Se advierte que durante el trámite de este medio de control y en medio de las quejas generalizadas por parte de una gran mayoría de los afiliados de CAFESALUD EPS S.A., se expidió la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017 por parte del Superintendente Nacional de Salud (Fls. 668 a 674) “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional- Creación de Nueva Entidad, presentado por Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).”.

Dicha resolución, tuvo como fundamento el Concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional con el apoyo de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, las cuales verificaron que Cafesalud EPS S.A., se ajustaba a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS y concluyó que la misma cumplía con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la Circular Externa No. 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera y tercera etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de una nueva entidad.

En consecuencia, a través de la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017, se resolvió.

(...) **Es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017 la sociedad MEDIMÁS EPS S.A.S., tiene a su cargo el aseguramiento en salud y la efectiva prestación de servicios de la totalidad de la población de afiliados de CAFESALUD EPS S.A., razón por la cual, a partir de ese momento se le reconoció en este proceso como sucesora procesal de la última.**

Demandante: **MARIO DUQUE MASSO.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Advierte la Sala, que a partir del inicio de la operación de aseguramiento de MEDIMÁS EPS S.A.S., esto es, el 1 de agosto

de 2017, los medios de comunicación nacionales reportaron múltiples casos de falta, inadecuada o deficiente prestación del servicio por parte de la nueva EPS, así se encuentra documentado en el expediente de folios 689 a 735".

Por tanto, la existencia de un proceso liquidatario, así como también de una medida cautelar puede ser justificación para que **CAFÉSALUD E.P.S.**, se abstenga de efectuar el reconocimiento de la prestación económica deprecada, por lo que se considera que le asiste razón al A Quo en imponer condena en contra de tal entidad demandada en hasta la fecha en que inició en operación MEDIMAS E.P.S., circunstancia que es coincidente con los establecido en el inciso 2° del artículo 2.1.7.4 del Decreto 780 de 2016 que señala:

"ARTÍCULO 2.1.7.4. Efectividad del traslado. (...) La Entidad Promotora de Salud de la cual se retira el afiliado cotizante o el cabeza de familia tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones económicas, según el caso, tanto del cotizante o del cabeza de familia como de su núcleo familiar, hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad (...)"

Conforme a lo brevemente narrado SE CONFIRMARÁ la condena impuesta.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Demandante: **MARIO DUQUE MASSO.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

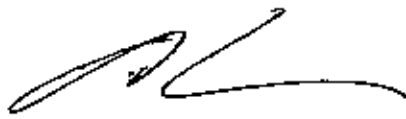
R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

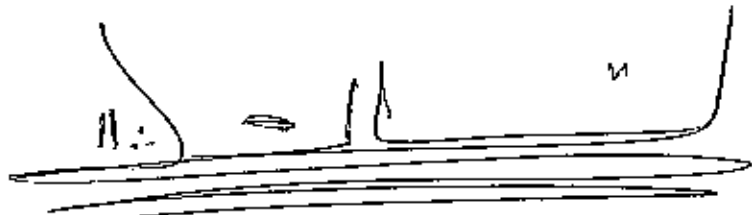
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el (la) apoderado (a) de la parte actora **contra el auto** proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **ÁNGELA MARÍA GÓMEZ DE ALARCÓN** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

AUTO

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

La activa pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el día 11 de marzo de 2004 a través de la AFP Protección S.A. y como consecuencia de ello, se retrotraigan las cosas a su estado

anterior, se ordene a Colpensiones tener a la actora como afiliada y se declare la inexistencia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual.

1.2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones narró, en síntesis, que: 1) Se trasladó del ISS al fondo privado Protección S.A. el 11 de marzo de 2004; 2) El asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y no hizo un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen; 3) Es la AFP Protección S.A. quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional; 4) Nació el 29 de abril de 1953; 5) Al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad; 6) Cumplió 55 años el 29 de abril de 2008; 7) Se trasladó al RAIS cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez ; 8) Protección S.A. realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado y para el año 2010 arrojó una mesada pensional por valor de \$4.217.826; 9) Realizando la simulación en el RPM su pensión equivaldría a la suma mensual de \$9.825.069; 10) Sumadas las semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones arroja un total de 1.325 semanas cotizadas; 11) Radicó derecho de petición ante Colpensiones el 3 de diciembre de 2018 solicitando la ineficacia del traslado efectuado a Protección S.A.; 12) Colpensiones no se ha pronunciado frente a la anterior solicitud.

Actuación procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Para lo que interesa a fin de resolver la apelación aquí propuesta, se tiene que **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 94-117) propuso como **excepción previa** la de **pleito pendiente** entre las partes y por el mismo asunto.

Fundamentó dicha excepción en el artículo 100 del CGP, ya que la demandante promueve otro proceso mediante el cual pretende la anulación de la afiliación a Protección S.A., y que a la fecha se encuentra en traslado concedido a la misma para presentar la demanda de casación ante la Corte Suprema de Justicia y que se tramitó ante el mismo juzgado con la radicación **No. 2017-260**

III PROVIDENCIA RECURRIDA.

El juzgado de conocimiento mediante providencia del 24 de noviembre de 2020 **declaró probada** como excepción previa la de cosa juzgada.

Como argumento de su decisión expuso, que el artículo 100 del Código General del Proceso, regula las excepciones previas y las señala taxativamente, incluyendo, entre otras, en su numeral 8 la de *pleito pendiente* entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

Adujo que el pleito pendiente surge cuando existe una doble relación jurídica procesal, esto es, se sigue otro proceso entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, presentándose identidad entre el objeto y causa con el nuevo proceso, por eso, como elementos concurrentes y simultáneos para que esta se configure, deben reunirse los siguientes requisitos: i) que exista otro proceso en curso, ii) que las partes sean las mismas, iii) que las pretensiones sean idénticas y vi) que por ser la misma causa estén soportadas en iguales hechos.

Por lo anterior, procedió al estudio de cada uno de los requisitos antes mencionados, así:

Que exista otro proceso en curso. Advirtió que, efectivamente ante ese juzgado cursó el proceso **2017-260**, en el cual, mediante sentencia del 15 de junio de 2018 **se declaró la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante al RAIS**, realizado el día **11 de marzo de 2004 a la AFP Protección S.A.**

Que las pretensiones sean idénticas. Encontró que en el nuevo proceso, esto es el que hoy se tramita bajo el radicado **2019-236**, se pretende por la demandante obtener **la ineficacia del traslado efectuado el 11 de marzo de 2004 con la AFP Protección S.A.**

Que las partes sean las mismas. Indicó que en el sub judice se encuentra cumplido este requisito ya que las partes en los procesos 2017-260 y el presente, 2019-236, son las mismas.

Que los procesos estén fundamentados en los mismos hechos. Dijo que este aspecto se configura en el presente asunto, como quiera que la pretensión que ata a las partes en litigio proviene de obtener la nulidad e ineficacia del traslado efectuado el 11 de diciembre de 2004 a la AFP Protección S.A.

Conforme lo anterior, concluyó la falladora de primer grado, que se encontraban acreditados los requisitos legales necesarios para declarar la existencia de la excepción previa de pleito pendiente, en atención a que la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, está siendo requerida dentro de los dos procesos con el mismo fin, declarar nulo e ineficaz el traslado efectuado el 11 de marzo de 2004 por la señora Ángela María Gómez de Alarcón, bajo las mismas pretensiones y con los mismos fundamentos de hecho y por ello, de decidirse el presente proceso, podría llevar a la existencia de dos decisiones para un mismo fin.

De otro lado indicó que, atendiendo lo manifestado por la apoderada de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, respecto del **desistimiento presentado por la parte demandante ante la Corte Suprema de Justicia** y la configuración de la **cosa juzgada** como hecho sobreviniente, procedió a realizar el estudio pertinente, para lo cual arguyó que, al comparar el juicio dentro del cual se profirió la sentencia de fecha 15 de junio de 2018 con el que ahora nos ocupa, se tiene que las partes en uno y otro son idénticas, las pretensiones que allí se ventilaron y fueron objeto de condena correspondieron a la nulidad e ineficacia del traslado, donde, de fallarse el presente proceso, su fallo sería en el mismo sentido y por ende se dan los presupuestos señalados en el artículo 303 del CGP para que se configure la **cosa juzgada**.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La activa argumentó que, si bien existe identidad de partes, los hechos son diferentes, toda vez que en el presente proceso se está hablando de la declaratoria de ineficacia de la afiliación por la falta de información que la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, tuvo con la demandante en el año 2004, teniendo en cuenta que no le explicaron las características propias del régimen de prima media ni del de ahorro individual con solidaridad, solamente se le explicaron algunas características.

Adujo que en el presente proceso los hechos que se están trayendo a colación se refieren al traslado ilegal que efectuó **AFP PROTECCIÓN S.A.**, respecto de la demandante, ya que en el año 2004 tenía cumplidos 51 años de edad y para dicha data ya había sido expedida la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993 y que consagró la imposibilidad o prohibición legal de trasladar afiliados cuando les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión y para dicha data a la demandante le hacían falta 6 años para cumplir los 57 años.

Expuso que debe tenerse en cuenta que ese es el fondo de las pretensiones, es decir, que se tiene una causa que no está motivando estas pretensiones y que es diferente.

Actuación procesal en segunda instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo del año que avanza, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año en curso, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte demandante y de Colpensiones para ratificar sus posiciones.

V. CONSIDERACIONES

Conforme a lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, y el art 32 del mismo cuerpo normativo, es procedente el recurso de apelación, respecto del auto que decida sobre excepciones previas, por lo que la dSala resolverá la alzada, teniendo en cuenta el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del mencionado Estatuto Procesal Laboral.

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si en el presente asunto operó el fenómeno de la **cosa juzgada**.

DE LA COSA JUZGADA.

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la que se les otorga a las decisiones plasmadas en una

sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Al respecto, el inciso 1° del artículo 303 del C.G.P. establece:

“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.

En un tenor similar, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, explica que la fuerza de la cosa juzgada se presenta cuando un nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa de aquél donde se profirió la sentencia inicial, y entre ambos hay identidad jurídica de partes. Lo dicho, conforme a las sentencias del 23 de octubre 2012, Rad. 39366, reiterada el 24 de junio de 2015, Rad. 54726 y en la SL1881-2021:

“Puestas así las cosas, importa previamente recordar que la fuerza de la cosa juzgada --denominada también '*res iudicata*'-- se impone por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de las sentencias ejecutoriadas proferidas en procesos contenciosos, cuando quiera que el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto (*eadem res*), se funda en la misma causa que aquél donde se profirió la sentencia (*eadem causa petendi*) y entre ambos hay identidad jurídica de partes (*eadem conditio personarum -- eadem personae*).

Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de '*definitividad*' e '*inmutabilidad*', que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido.

Pero para que la cosa juzgada adquiera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir, necesariamente y en esencia las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan”.

De esta manera, las sentencias o providencias dictadas en procesos ordinarios laborales debidamente ejecutoriadas, quedan revestidas por la fuerza de la cosa juzgada, esto es, por la imposibilidad de discutir y, mucho menos, enervar sus efectos dentro de un nuevo proceso, con tal suerte que una sentencia judicial en firme no sólo queda amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, sino que además adquiere las características de definitividad e inmutabilidad.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio se tiene lo siguiente:

- En el desarrollo del proceso ordinario laboral No. **11001310500220170026000** tramitado por la demandante contra **COLPENSIONES** y la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**, se profirió sentencia de primera instancia el 15 de junio de 2018, en la que se declaró la nulidad de su afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 11 de marzo de 2004 por la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**, y se **CONDENÓ** a esta entidad a devolver a **COLPENSIONES** los valores que reposaran en la cuenta de ahorro individual de la actora y que hubiere recibido producto de la afiliación a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1745 del CC, sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración, así mismo, se condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media administrado por esa entidad y a recibir los aportes trasladados por Protección S.A. (fls. 135-138)

- Conforme a la documental antes mencionada, esto es el acta de la audiencia precitada (fls. 135-138), se concluye que atendiendo los recursos interpuestos contra dicha decisión por los apoderados de Protección S.A. y Colpensiones, el proceso fue remitido a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Sin embargo, teniendo en cuenta que dentro del plenario no obra

- documental o prueba alguna en la que se pueda evidenciar lo sucedido en segunda instancia, el Despacho de la magistrada sustanciadora efectuó la Consulta de Procesos de la página web de la Rama Judicial, encontrando que mediante auto del 27-06-2018 se admitió la apelación y se dictó sentencia de segunda instancia el 05-07-2018 en la que se **REVOCÓ** la sentencia apelada y consultada para absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; así mismo, que mediante auto del 27-09-2018 se **CONCEDIÓ RECURSO DE CASACIÓN** concedió el recurso de casación interpuesto, por la activa, remitiendo el expediente a la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.
- El citado proceso fue repartido el 14 de noviembre de 2018 a la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia M.P. Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán (fls. 115-117) y mediante proveído del 04-09-2019 se admitió el recurso y se corrió traslado; posteriormente, el expediente ingresó al despacho el 04-12-2019 “con sustentación de recurso de casación y desistimiento”, y el 24-06-2020 **FUE ACEPTADO EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN** presentado por el apoderado de la demandante.

Ahora bien, ha de señalarse que en este caso existe un hecho que modifica las circunstancias inicialmente expuestas, ya que con el desistimiento del recurso de casación interpuesto por la parte demandante dentro del proceso 11001310500220170026000 y su aceptación por parte de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, debe concluirse sin ninguna duda que se está ante una **sentencia debidamente ejecutoriada**

y en firme, situación esta, que es la que precisamente habilita el estudio de oficio de la excepción previa de cosa juzgada.

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, y concretamente frente al punto de apelación de la activa, se advierte que para que se presente el fenómeno de la cosa juzgada, es necesario que exista entre los procesos identidad de partes, de objeto y de causa. Al punto, es necesario aclarar que no se allegó la correspondiente demanda del proceso inicial, por lo que se hace necesario extraer tales elementos de la sentencia proferida en primera instancia dentro del proceso ordinario laboral No. 11001310500220170026000.

En el estudio se encuentra que, quien fungió como demandante en el mentado proceso ejecutoriado tramitado con Rdo **2017-00260** es **ÁNGELA MARÍA GÓMEZ DE ALARCÓN**, y que las demandadas fueron **COLPENSIONES** y la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A** y que, en este proceso que hoy se decide, la parte activa y pasiva corresponden a las mismas, por lo que, existe identidad de partes.

Ahora bien, y en cuanto a la identidad de objeto, encuentra la Sala que en el proceso **2017-00260** se perseguía la declaratoria de **nulidad de la afiliación y traslado** de la señora Gómez de Alarcón al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el **11 de marzo de 2004** a través de la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A**, declaración que de ser fructífera llevaba implícitamente la devolución o traslado de todos los valores que reposaran en la cuenta de ahorro individual de la actora y que hubiere recibido como producto de su afiliación, así como la reactivación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

Por su parte, en el proceso que ahora se resuelve las pretensiones de la activa buscan se declare la **ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado** por la demandante el día **11 de marzo de 2004** a través de la

AFP PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, se ordene a Colpensiones tener a la actora como afiliada y se declare la inexistencia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual.

En el punto relativo al entendimiento que debe darse a los conceptos de **nulidad e ineficacia**, - que resulta ser el fundamento esencial de la apelación, resulta pertinente advertir que dicha discusión está zanjada, pues la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 3706 del 2021, indicó:

“Asimismo, conviene recordar que esta Sala es del criterio según el cual la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico frente a la transgresión del deber de información es la ineficacia, esto es, la pérdida de todos los posibles efectos jurídicos del acto de traslado. De manera tal que, dicho examen 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 (art. 1746 CC).”

Así las cosas, considera esta Sala que entre los procesos existe identidad de objeto, como quiera que en ambos se persigue se deje sin vigor el traslado de régimen efectuado por la actora el 11 de marzo de 2004 y que consecuentemente se retrotraigan las cosas a su estado anterior ordenando a Colpensiones a tener a la demandante en el régimen de prima media; sin que resulte relevante que en uno se haya pedido la nulidad del traslado y en otro la ineficacia del mismo, pues, si bien en principio dichos conceptos jurídicamente hablando tienen connotaciones distintas, lo cierto es que, como se vio, para los efectos aquí perseguidos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia los ha equiparado.

Finalmente, y en relación con la identidad de causa, la Sala debe precisar que no es indispensable que los hechos en los que se funda cada una de las demandas que se comparan, sean exactamente iguales, lo relevante es que se logre evidenciar en el cotejo de los dos asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción, que en el segundo se plantea la misma cuestión litigiosa ya definida en el primero. Así lo dijo la Sala de Casación

Laboral el 18 de agosto de 1998, rad. 10819 reiterada en las sentencias SL3212-2019 y 1854-2020, al señalar lo siguiente:

"Antes del estudio de los desatinos fácticos planteados en la censura, conviene aclarar que para que en un caso determinado se configuren los elementos axiológicos del instituto procesal de la "cosa juzgada" no es indispensable que todos los hechos de las demandas materia de cotejo sean exactamente los mismos, ni que el conjunto del petitum sea idéntico. La ley procesal no exige para la prosperidad de esta excepción que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente en los aspectos citados. No. **Lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos evidencien tal identidad esencial que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido.**

Si se llegase a la afirmación contraria bastaría que después de una sentencia judicial desfavorable la parte perdedora alterase los fundamentos fácticos de la acción desventurada o adicionara pretensiones accesorias con el objeto de enervar los inexorables e indelebles efectos de la cosa juzgada, en una tentativa vana de enmendar los errores que originaron el resultado frustrado-. Tal actitud fomentaría el desgaste del sistema judicial y socavaría su seriedad, respetabilidad y prestigio. De ahí porqué resulta muy importante que quien instaure una acción tenga desde un comienzo especial cuidado en señalar de manera concreta, sintética, completa y leal todos los fundamentos de ipso que le asisten a su favor, con la consciencia de que el proceso que ventila es en principio único y definitivo, y sólo tiene las etapas que la ley garantiza dentro del debido proceso por ella gobernado." (Negrillas por la Sala).

Así las cosas, considera la Sala que, pese a que los hechos en que se funda el proceso actual no son exactamente iguales a los del proceso anterior y en firme, esto es el tramitado bajo el Radicado 2017-00260, lo cierto es que los hechos en que se están fundando los pedimentos de este proceso fueron objeto de resolución en el referido proceso 2017-0026, más aún si se tiene en cuenta que la inconformidad de la accionante radica en el traslado de régimen pensional que efectuó el 11 de marzo de 2004 a través de la AFP Protección S.A., encontrándose así demostrada la identidad de causa.

Por las razones brevemente expuestas se CONFIRMARÁ la providencia apelada.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

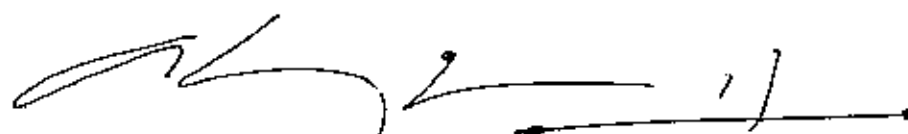
R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la providencia apelada, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta providencia se notificará por anotación en **ESTADO VIRTUAL** elaborado por la Secretaría de esta Sala.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310500320180074501

Demandante: **MARÍA DEL PILAR ROA PÁEZ**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

AUTO

Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL PILAR ROA PÁEZ** promoviese contra la

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS
y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” de la afiliación realizada por la actora al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS) efectuada a través de Colfondos S.A. en el mes de octubre de 1994, así como todas las afiliaciones posteriores que realizó y que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la **A.F.P PORVENIR S.A.**, el traslado a Colpensiones de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y a esta última a activar la afiliación de la demandante, actualizar su historia laboral y reconocer la pensión de vejez, junto con sus primas y reajustes legales.

De manera subsidiaria deprecia se declare la ineficacia del mentado traslado de régimen.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 06 de enero de 1960; 2) Cotizó para pensión a través de diferentes empresas privadas; 3) En octubre de 1994 se afilió a Colfondos S.A.; 4) Para la fecha del traslado había cotizado 563 semanas; 5) Se trasladó a Porvenir S.A. el 5 de diciembre de 2001; 6) Colfondos S.A. y Porvenir S.A. no le informaron las implicaciones de trasladarse de régimen, las desventajas de afiliarse al RAIS, no hicieron un comparativo de pensión en cada uno de los regímenes pensionales, no le

sugirieron quedarse en el RPM ni las ventajas de este y nunca recibió una asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional; 7) El 1° de junio de 2018 elevó solicitud ante Colfondos S.A. y Porvenir S.A. donde, entre otras, solicitó la nulidad de su afiliación; 8) En la data antes indicada, radicó ante Colpensiones solicitud de activación de la afiliación al RPM, entre otras; 9) Las demandadas dieron contestación a su petición, negando lo solicitado.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLFONDOS S.A., (fls. 161-185) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la innominada o genérica.

Expuso que la demandante ha estado afiliada con diferentes administradoras del régimen de ahorro individual y por tanto, conoce claramente como opera este régimen, además esa entidad siempre cumplió con el deber de información y jamás existió omisión en tal deber, como tampoco indebida o equivocada asesoría, máxime cuando la demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados, tanto por los asesores de Colfondos como los de Porvenir, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, por lo que no es válido, después de estar varios años afiliada al

régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando evidenció que no cumplió con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal.

Indicó que Colfondos S.A. informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a la entidad, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad y dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada persona, lo cual ocurrió en este caso, lo cual queda demostrado, toda vez que al suscribir el formulario de afiliación en tres oportunidades, la demandante dejó constancia que su elección fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones.

Adujo que, en cuanto a los vicios del consentimiento, atendiendo lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil, la demandante no especificó claramente en qué consistió la acción fraudulenta de Colfondos S.A. y, en caso de que se estuviera refiriendo a un error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 de la misma norma, esto no produce efectos; y en caso de que se refiriera a un error de hecho, en virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto, este sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado por la demandante con Colfondos S.A., ya que la actora sí pretendió afiliarse a este fondo de pensiones perteneciente al RAIS.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, (fls. 190-211), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,

prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo que la solicitud de nulidad de traslado resulta improcedente por cuanto la afiliación de la demandante no contiene vicios del consentimiento y por el contrario están dados los requisitos de ley para su validez y que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finalizó diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

Respecto de **COLPENSIONES**, ha de decirse que, verificado el expediente de forma minuciosa no obra contestación de dicha entidad, sin embargo, a folio 214 obra auto del 5 de noviembre de 2020 en donde **se tiene por contestada** la demanda por Colpensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de la demandante María del Pilar Roa Páez del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., realizado el 7 de octubre de 1994, con efectividad a partir del 1º de noviembre de la misma anualidad, así como la ineficacia del traslado horizontal posterior de Protección S.A. a Colfondos S.A. a Porvenir S.A., el 5 de diciembre de 2001 con efectividad a partir del 1º de febrero de 2002, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante María del Pilar Roa Páez por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, sin descuento alguno, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante María del Pilar Roa Páez, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

(...) **SEXTO:** Condenar en costas, incluidas las agencias en derecho a las demandadas Porvenir y Colpensiones, las que se tasan en la suma de un millón (\$1.000.000) de pesos mcte, a cargo de cada una, y a Colfondos, la suma de quinientos mil (\$500.000) pesos mcte. (...)”

Adujo el a quo, en resumen que, para la época del traslado de la demandante ya existían normas que consagraban esa obligación de brindar la información suficiente, amplia y oportuna a los afiliados sobre las características de los regímenes pensionales, tales como el Decreto 663 de 1993, el Decreto 657 de 1994 y el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12

que consagra expresamente las obligaciones de los promotores, quienes debían suministrar una suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las que tenga derecho el afiliado.

Apoyó su decisión en las sentencias radicados 31989 del 2008; 54814 del 2018 concluyendo que lo adoctrinado por el máximo Órgano de Cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral, resulta claro al precisar que, desde su fundación las A.F.P., estaban obligadas a suministrar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios y especialmente de las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era claro adquirir un juicio claro sobre el objetivo de las mejores opciones del mercado, de suerte que ello no se dijo en el presente caso, ya que se dio en grupo una información particularizada y no se habló de las características de los dos regímenes pensionales en ese momento, recordando que con el fin de evitar que ese vicio se subsanara con los traslados posteriores, la misma Corporación advirtió, en pronunciamientos como las sentencias con radicados No. 31989 del 2008, 17595 del 2017 y SL 1421 de 2019, que la actuación viciada del traslado de régimen no se convalida por los traslados entre administradoras del RAIS o una asesoría posterior.

Así concluyó que la AFP COLFONDOS no demostró que cumplió con ese deber de brindar información completa, veraz, oportuna, particularizada y concreta, pues lo único que existe como rastro de lo que sucedió al momento del traslado es lo manifestado precariamente en el interrogatorio de parte de la demandante y que, de igual manera el formulario que se suscribió para dicha época no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, tal y como se dijo en sentencia con radicado 68852 del 2019.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, indicó que, conforme el precedente jurisprudencial, en este tipo de procesos estas pretensiones constituyen una petición antes de tiempo y así se afirma por cuanto paralelamente y sin estar ejecutoriada la sentencia de la ineficacia de traslado, no puede condenar a Colpensiones a que se reconozca una pensión de vejez en forma concomitante ya que se desconoce la suerte de la sentencia y porque esa entidad aún no tiene los dineros provenientes de Porvenir S.A. y una vez esos dineros ingresen a su patrimonio deberá traducirlos en semanas cotizadas y actualizar la historia laboral y es ahí donde surge la obligación de estudiar y reconocer, de encontrarse procedente, la pensión de vejez, actuación administrativa que deberá realizarse con posterioridad a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia

III. RECURSO DE APELACIÓN

A.F.P PORVENIR S.A., argumentó que a la declaratoria de ineficacia se le está dando el tratamiento de nulidad, además se está dando una decisión sesgada, ya que no se logra acreditar los elementos de nulidad, pues no hubo prueba que existiera objeto o causa ilícita o que la demandante no tuviera capacidad para contratar o que no se haya presentado la solemnidad como es el formulario de afiliación, tampoco se logró acreditar los elementos del artículo 271 de la Ley 100.

Adujo que fue demostrado que ese derecho de movilidad la demandante lo ejerció y la información que se le dio para el año de 1994, además no se puede juzgar un hecho del año 1994 con leyes que se generaron en el 2014, estando la decisión de primer grado basada en elementos que para el año 1994 no existían.

Indicó que la orden de restituir todos los dineros, desconoce una sentencia frente a los incrementos de pensiones que años después se dieron cuenta que no tenía ningún fundamento jurídico y lo mismo ocurre aquí, pues no tiene

sentido que se asegure que nunca se estuvo afiliado al RAIS y por la norma tengan que trasladarse dineros aportados y los gastos de administración, sino que además, para el momento que se trasladen los ejercicios financieros al parecer si estuvo en el RAIS y si no estuvo en este no genera rendimientos financieros, entonces cuál es el fundamento jurídico de obligar a Porvenir S.A. a restituir los dineros que fueron frutos del ejercicio financiero, ello va en contravía del artículo 1746 del CC que habla de las restituciones mutuas, además, si lo que se busca es el efecto de ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 no es cierto que la consecuencia sea devolver automáticamente, pues dicha norma establece que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, sin que en esta se establezca que se debe devolver automáticamente no encontrando argumento jurídico para obligar a esa entidad a devolver los ejercicios financieros si nunca estuvo en el RAIS.

Expuso que la decisión de primer grado va en contravía de la indivisibilidad de las normas, el principio de confianza de la ley e incluso del principio de sostenibilidad financiera, pues se está obligando a Porvenir a devolver de su propio patrimonio dinero que no está obligado a restituir bajo ningún elemento del ordenamiento legal, máxime cuando se declaró la inexistencia y como si nunca hubiera estado en el RAIS y en tal sentido el traslado debe hacerse en los términos del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y no en los del artículo 1746 del Código Civil.

Adujo que se está propendiendo por un enriquecimiento sin causa, al obligar a Porvenir a trasladar unos dineros que nunca existieron, pues fue lo establecido, que el demandante nunca estuvo en el RAIS.

Resaltó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las mermas que adujo haber sufrido para obligar a esa entidad a devolver

los dineros no tienen fundamento, pues el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece que tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual con solidaridad estos dineros son descontados.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, expuso que la misma sí está llamada a prosperar en el entendido de que si se sigue con la nueva teoría de la ineficacia en sentido estricto, se le debe dar una aplicación de nulidad para traer las cosas a su estado original, por lo que al dejarse sin efectos, estos dineros se afectan por la prescripción y la misma se debe declarar, máxime cuando estos valores, al ser netamente económicos, no son factores, hechos ni situaciones jurídicas como la teoría de la prescripción.

COLPENSIONES expuso que, respecto a las solemnidades que se requieren para efectos de evidenciar que efectivamente el traslado se haya dado con el cumplimiento de todos los requisitos establecidos, el juzgado de primera instancia hizo alusión en dos aspectos, el fáctico y el jurídico; sobre el primero se debe evidenciar que la demandante pretende la existencia de una ineficacia del traslado por su propia inoperancia o por su propia negligencia, pues las manifestaciones por parte de un asesor no vician el consentimiento de la persona para realizar el traslado; en segundo lugar, se hace alusión en que no existen elementos suficientes de convicción, lo que no se comparte, pues no es posible que no se exija ningún tipo de solemnidad formal, al punto que se manifiesta que no existió prueba que acredite que efectivamente se le brindó la información, pero existe un interrogatorio de parte que demuestra que se le dio la información a la demandante.

Indicó, sobre el principio de sostenibilidad financiera, que no comparte lo dicho en el fallo apelado porque al hacer el estudio de las sentencias de la Corte Constitucional se está perdiendo de vista el Acto Legislativo 01 del 2005, especialmente

cuando es un deber de las entidades públicas y privadas propender por cuidar el erario.

Argumentó que el juzgado de primer grado da soluciones que no son aplicables al caso y hace alusiones a sentencias de la Corte Constitucional que nada tienen que ver con el negocio que se plantea, además, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las que se fundamenta, no tienen nada que ver con el caso concreto, pues la particularidad es diferente.

En punto de las costas procesales, expone que es deber de Colpensiones presentar una defensa u oposición, siendo lo establecido por el legislador y por ello no puede ser condenada en costas, máxime cuando, de no presentar defensa se constituye un prevaricato por acción.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda, las contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar, si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos

requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta

pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) **Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el

propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la sentencia referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir,

que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L.

1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

f) En cuanto a la posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene

que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

V. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: i) se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante R.P.M.P.D - administrado hoy por COLPENSIONES el 15/03/1982 (fl. 45); ii) que solicitó traslado hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - en adelante R.A.I.S - el día 07/10/1994 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A. (fl. 182); iii) posteriormente efectuó traslado dentro del mismo régimen a

la AFP PORVENIR S.A. el 05/12/2001 (fl. 61 y 200); y vi) que el día 01/06/2018 (fl. 48, 53 y 56) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Así mismo, a folio 182 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de agosto de 1999 con la A.F.P Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia transcrita *in extenso* en precedencia así como en posterior decisión¹, según las cuales “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.”

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, los fondos privados demandados tienen la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación, tal como fue argumentado por las demandadas en sus apelaciones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que

dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que, acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

De otro lado, pese a que el A quo no hizo pronunciamiento alguno frente a la devolución de cuotas o gastos de administración, y no obstante el apoderado de la A.F.P PORVENIR incluye en su apelación la inconformidad por la supuesta condena a la devolución de dichos gastos, lo que en principio impondría abstenerse de estudiar el recurso, lo cierto es que, en todo caso, en virtud de la Consulta que se surte en favor de COLPENSIONES, la Sala abordará el tema, encontrando que, al declararse la ineficacia del traslado deben devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

"De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato

declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como aportes, rendimientos, pero **SE ADICIONARÁ**, en el sentido que omitió

ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

En cuanto al argumento expuesto por las apelantes en sus recursos, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la apelación de COLPENSIONES respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en juicio, por lo que la Sala considera que hay lugar a REVOCAR dicha condena, dado que la orden del A Quo de recibir de nuevo a la parte demandante en el RPMPD, solo es la consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado declarado a causa del incumplimiento de las obligaciones de las AFP demandadas, que no de COLPENSIONES, luego no puede considerarse la parte vencida en juicio.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no

está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

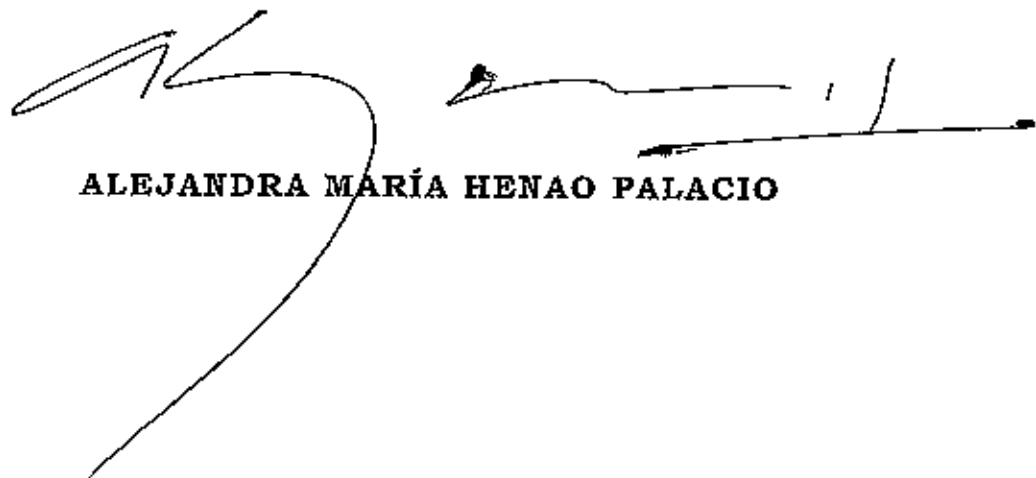
PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A**, a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEXTO de la parte resolutive de la sentencia de origen y fecha conocidos para en su lugar **ABSOLVER** de las costas procesales a **COLPENSIONES**, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en **EDICTO** atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500320180074501

Demandante: **MARÍA DEL PILAR ROA PÁEZ**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Votos!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno
(2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, y GERARDO ALDANA LOSADA**, así como **LILI ALDANA DE GARZÓN** promovieron contra **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo entre Tiberio Aldana

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

Losada del 11 de agosto de 1998 al 18 de octubre de 2018; y que el accidente de trabajo del que fue víctima Tiberio Aldana Losada ocurrió por culpa patronal. Como consecuencia de lo anterior, se pretende la condena por concepto de perjuicios materiales, lucro cesante futuro y consolidado; perjuicios morales; y salarios adeudados, tales como, sueldos, recargos por tiempo suplementario, prima de servicios, vacaciones, cesantías, e intereses sobre las cesantías.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la demanda argumentó que: 1) Los aquí demandantes son hermanos de Tiberio Aldana Losada, quien contribuía al sostenimiento económico de ellos; 2) Se encuentran afectados moralmente por la pérdida de su hermano; 3) Tiberio Aldana Losada ingresó a laborar al servicio de la demandada el 11 de agosto de 1998, en el cargo de Auxiliar de Bodega; 4) El 02 de enero de 2003, Tiberio Aldana Losada fue promovido al cargo de Auxiliar de Planta para desempeñar las funciones de acondicionar el trigo que se va a moler en el molino; 5) Tiberio Aldana Losada devengaba \$1'236.928; 6) El 17 de octubre de 2018, Tiberio Aldana Losada desapareció, siendo encontrado su cuerpo al día siguiente, completamente sepultado en trigo a granel, siendo la causa del fallecimiento, asfixia mecánica al caer a la piscina o depósito de trigo CWRs; 7) Al realizarse la necropsia, se encontró que Tiberio Aldana Losada presentaba lesiones traumáticas de aplastamiento en diferentes segmentos corporales, aunado a que tenía una fractura con trauma torácico severo, cambios pulmonares, y en el cerebro sugestivos de hipoxia y presencia de granos de trigo en vía aérea; y 8) El 25 de octubre de 2018, la demandada hizo el informe del accidente de trabajo ante la A.R.L. SURA, señalando como factores personales, errores del juicio, exceso de confianza y práctica inadecuada; factores de trabajo, la supervisión y liderazgo deficiente, ingeniería inadecuada, selección inadecuada

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

de controles y seguridades, fallas en la evaluación de necesidades y riesgos, y estándares deficientes de trabajo.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A., (fls.107 a 123), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación material en la causa por activa, carencia de requisitos legales en los demandantes para obtener el derecho a reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales, culpa exclusiva del trabajador, pago indemnizatorio a cargo de la A.R.L. Sura, y error de cálculo de la indemnización reclamada.

Aceptó los hechos relativos a que los demandantes son hermanos de Tiberio Aldana Losada; que el causante le prestaba sus servicios desde el 11 de agosto de 1998 y que falleció estando a su servicio; que el causante fue promovido al cargo de Auxiliar de Planta el 02 de enero de 2003; que el 17 de octubre de 2018, el trabajador desapareció, y fue encontrado al día siguiente sin vida, señalándose que la causa de su muerte fue "asfixia ventilatoria combinada tipo sepultamiento y manera de muerte violenta a determinar por la autoridad"; y que informó del accidente de trabajo el 20 de noviembre de 2018 a A.R.L. Sura.

Expuso que el accionante tiene una hija, Jessica Angélica Aldana Ramírez, que es la única legitimada para promover la acción judicial; que los demandantes son todos mayores de edad, superan los 50 años, ninguno es inválido ni discapacitado, aunado a que trabajan, por lo que no dependía económicamente del causante; y que resulta increíble que todos los demandantes dependieran del trabajador, dado que al momento del suceso tan sólo devengaba \$954.000.

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

Finalmente indicó que la empresa cumple con todos y cada uno de los protocolos que prevé el sistema general de riesgos laborales; que capacita permanentemente a su personal; que el causante conocía su manual de funciones; que la empresa cumple con los exámenes médicos ocupacionales de ingreso y periódico; que el causante contaba con una edad madura, 58 años, que le permitía prever las circunstancias de riesgo (si existían), por demás que llevaba 16 años de experiencia en el cargo; y que desconocen porqué el causante se encontraba en el lugar del accidente, ya que no le fue ordenado acudir a tal zona, más aún cuando este territorio estaba restringido.

2.2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A., (fls. 262 a 264), llamó en garantía a A.R.L. SURA (fls.293 a 325), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando como excepciones de mérito frente a la demanda, las que denominó ausencia de culpa de la **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**; rompimiento del nexo de causalidad por existir un hecho exclusivo de la víctima; sobrestimación y ausencia de prueba de los daños reclamados; inexistencia de cumplimiento de **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.** en el pago de derechos laborales, prestaciones sociales, salarios, recargos, cesantías, intereses a las cesantías, primas o vacaciones de Tiberio Aldana; y la genérica.

Frente al llamamiento en garantía, presentó como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva de SURA, la responsabilidad de SURA está limitada a las prestaciones objetivas tarifadas reconocidas por el sistema general de seguridad social en riesgos laborales/ausencia de responsabilidad por el pago de prestaciones laborales, ausencia de solidaridad en el pago de la

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

indemnización prevista en el artículo 216 del C.S.T., buena fe, y la genérica.

Aceptó que los demandantes son hermanos de Tiberio Losada Aldana; que el causante laboró al servicio de **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.** desde el 11 de agosto de 1998; que el 17 de octubre de 2018 desapareció el señor Tiberio Losada, siendo encontrado al día siguiente sin vida, señalándose que la causa de su muerte fue "asfixia ventilatoria combinada tipo sepultamiento y manera de muerte violenta a determinar por la autoridad"; y que le fue informado el 20 de noviembre de 2018 el siniestro.

Manifestó que para que se configure culpa patronal es necesario que se presente una culpa suficientemente comprobada del empleador, la ocurrencia del siniestro, el daño, y el nexo de causalidad entre el hecho generador del daño, y el daño en sí mismo; que la carga de la prueba de la culpa patronal recae en cabeza de la parte actora; que en el expediente obran pruebas que dan cuenta que el empleador adoptó medidas de seguridad y prevención en el trabajo, por lo que la muerte del causante no es atribuible a una conducta reprochable de la empresa; y que el exánime llevaba más de 30 años en la misma labor, por lo que debía conocer las obligaciones relativas a la prevención y seguridad en el trabajo, por demás que la empresa contaba con reglamento de trabajo, plan de emergencias, plan de señalización, y le brindó capacitaciones a su trabajador.

Explicó que entre las diversas situaciones que contempla la jurisprudencia como causa extraña con la potencialidad de romper el nexo de causalidad, se encuentra la culpa o hecho exclusivo de la víctima, encontrándose conforme al acervo probatorio que quien asumió los riesgos y desencadenó la conducta daño fue el mismo trabajador, persona que por demás

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

no contaba con autorización de su empleador para dirigirse al lugar donde fue hallado muerto.

Adujo que en caso de condena, debe tenerse en cuenta que quienes fungen como demandantes son los hermanos del causante, quienes tienen edades entre 49 y 63 años, y respecto de los cuales no existen medios de prueba que acrediten su dependencia económica.

En relación con el llamamiento en garantía señaló que si bien el causante se encontraba afiliado a A.R.L. SURA, su responsabilidad es meramente objetiva, por lo que únicamente debe reconocer y pagar, si se causan, las prestaciones económicas que contempla el sistema de riesgos laborales, por demás que la indemnización prevista en el artículo 216 del C.S.T. únicamente es dable endilgársela al empleador.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de octubre de 2020, en la que dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que existe culpa suficientemente comprobada de la demandada en el accidente laboral que sufrió el trabajador Tiberio Aldana Losada el 17 de octubre de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos:

- Por perjuicios morales: A Doris Aldana Losada, María Antonia Aldana Losada, Emilia Aldana Losada, Belén Aldana Losada, y Gerardo Aldana Losada, y a Lili Aldana Losada de Garzón, la suma de diez salarios mínimos legales vigentes para cada uno de ellos.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de falta de legitimación material en la causa por activa, carencia de requisitos legales de los demandantes para obtener el derecho a reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales, culpa exclusiva del trabajador, pago indemnizatorio a cargo de la A.R.L. SURA.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada a favor de los actores. Se tasan las agencias en derecho así: un salario mínimo legal mensual legal vigente a favor de cada uno de los actores.

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de cumplimiento de la Industria Harinera, por el pago total de las obligaciones referidas a salarios y prestaciones sociales.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA la excepción de la responsabilidad de SURA está limitada a las pretensiones objetivas tarifadas en el sistema general de riesgos laborales.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada a favor de la llamada en garantía A.R.L. SURA. Se tasan las agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

En síntesis, refirió el A Quo, que la culpa del empleador le corresponde a la parte actora acreditarla, pero que por excepción cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones del empleador, éste debe acreditar que actuó con cuidado y protección al momento de velar por la seguridad de sus trabajadores; que del acervo probatorio recaudado es dable establecer que sobre el trabajador Tiberio Aldana Losada, el empleador no ejerció una adecuada y debida supervisión, pues de conformidad con el informe de investigación de **A.R.L. SURA** se logra determinar con las recomendaciones efectuadas por esta entidad, que no se estaba cumpliendo con la totalidad de estándares requeridos para evitar accidentes laborales, es por ello que se solicitó señalización, candados, fortalecer las capacitaciones, actualizar la matriz de peligros, y se manifestó que hubo una supervisión y liderazgo deficiente, selección inadecuada de controles, fallas en la evaluación de necesidades y riesgos, estándares inadecuados de trabajo, condiciones y procedimientos inseguros; y que dicho dictamen técnico no fue objetado por la empresa demandada.

Agregó respecto al trabajador fallecido, que sus funciones no se limitaban a ejecutar procesos automatizados, debía efectuar desplazamientos dentro de la empresa; que el causante debió ingresar al depósito a realizar una actividad que era propia de su actividad; y que no obra prueba de la que se pueda

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

desprender que el empleador actuó como un buen padre de familia para que su trabajador pudiera actuar correctamente.

Indicó que para que haya lugar a perjuicios materiales era necesario acreditar la pérdida o el menoscabo económico que sufrieron los accionantes, pues conforme a sus propios interrogatorios de parte, la ayuda que percibían era muy eventual, además de que su sustento dependía de sus hijos o de las labores que ellos mismos realizaban; y que se debe reconocer perjuicios morales, ya que en caso de parentesco es dable presumirlos, y que estos quedan a discreción del juzgador, estimándose como valor por tal concepto y a favor de cada uno de los demandantes en la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Concluyó expresando, que se encuentra acreditado el pago de salarios y prestaciones sociales a favor de la hija del causante, Jessica Aldana Ramírez; y que no prospera el llamamiento en garantía, dado que no se está solicitando una prestación económica del sistema de riesgos laborales, por demás que A.R.L. SURA pagó las obligaciones a su cargo a favor de la hija del causante, Jessica Aldana.

IV. APELACIÓN

PARTE ACTORA.

Sostuvo que se debe proferir condena por concepto de perjuicios materiales, ya que no se debe entender que la dependencia económica de los demandantes deba ser total o absoluta, por el contrario, el resarcimiento económico es necesario que se dé cuando se percibía una ayuda por parte del trabajador.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

De igual manera adujo que el valor por concepto de perjuicios morales es demasiado bajo, teniendo en cuenta la afectación que han tenido los accionantes; que en casos similares la Corte Suprema de Justicia ha establecido 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por demás que los demandantes al rendir interrogatorio de parte dieron cuenta de esa grave afectación moral que padecieron cuando la empresa se desatendió del trabajador por causa del fallecimiento; y que el valor de las costas fue demasiado bajo.

INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.

Indicó que el juez tuvo por acreditada la culpa patronal tomando con fundamento únicamente en el informe que supuestamente realizó la A.R.L., no obstante, lo que era de la A.R.L. era el formulario, pero la investigación fue realizada por un investigador que contrató la empresa, porque es uno de los prerrequisitos para establecer si se debe o no adoptar la indemnización de las personas que están llamadas a ello; que se debió analizar en su integridad el conjunto de pruebas, no obstante, se desconocieron todos los protocolos de seguridad que tiene la empresa, la matriz de identificación de peligros, por demás que una de las mismas accionantes manifestó que caminó dentro del depósito y que no veía ningún tipo de riesgo, y los testigos adujeron que sólo se debía ingresar cuando se está frente a un 20% máximo de llenado; y que si bien la A.R.L. señala que se deben adoptar algunas medidas de seguridad, esto no quiere decir que estas no se tuvieron; que se ignoraron los testimonios, quienes dan cuenta que el trabajador se ausentó de su lugar de trabajo; que en el reglamento interno de trabajo se establecen las funciones puntuales que debe cumplir el trabajador; que el investigador podía tener su propio criterio, como señalar que el trabajador cayó a la piscina cuando allá no cae nadie, el ingreso es caminando, y nadie se explica por qué el trabajador falleció;

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

que en el lugar del accidente está la señalización y se encuentra su riesgo en el plan de emergencia;

Agregó que no se tuvo en cuenta que el trabajador se desplazó sin ningún tipo de orden del empleador, por demás que éste no tiene por qué estar todo el tiempo detrás del trabajador; que el causante sólo debía estar muy pendiente de la puesta en marcha de la maquinaria que se estaba probando, y si bien recibió una orden fue únicamente en el sentido de que cumpliera con su funciones; que en el área donde falleció el causante tenía claro que no podía entrar sin autorización de su jefe y cuando la piscina estuviera llena, aunado a que no debía cumplir una función en tal lugar; que no se objetó el informe del investigador porque es la primera vez que la empresa está ante un evento de esa naturaleza y que si bien firmaron los señores Ricardo Rojas Velásquez y Julieth Paola Granobles Leyton es porque es un documento que se exige para hacer el cobro ante la A.R.L.; y que en el depósito no se necesitaba ningún tipo de arreglo, por lo que no se entiende cómo el trabajador tenía una herramienta, por demás que su mantenimiento se daba sólo cuanto estaba al 20% de llenado máximo.

Adujo que freten a la condena por perjuicios morales, que si bien es cierto se pueden establecer por el juez, los testigos únicamente señalaron que no les avisaron, pues es que la empresa ni siquiera conocía a los hermanos del causante, conocía la hija, y se publicó que comparecieran los interesados a cobrar las prestaciones económicas

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si está acreditada una culpa suficientemente comprobada por parte del empleador demandado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.
Demandado: INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.

en el accidente de trabajo que sufrió el señor Tiberio Aldana Losada; en caso de ser positiva la respuesta al anterior interrogante, se determinará, si hay lugar a la imposición de perjuicios materiales; y si el valor reconocido por perjuicios morales se encuentra ajustado a derecho.

CULPA PATRONAL.

El artículo 216 del C.S.T. consagra la indemnización plena de perjuicios con ocasión de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que sufra el trabajador, en los siguientes términos:

“ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo”.

De esta manera la culpa patronal a diferencia de las prestaciones económicas otorgadas por las A.R.L., entraña un elemento esencial de constitución, que es la demostración de la responsabilidad subjetiva del empleador en la ocurrencia del *in suceso*.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en relación con el concepto de culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, ha adoctrinado que la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel. En sentencia SL2206-2019, dijo:

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

“Recuerda esta Sala, que para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe encontrarse la culpa suficientemente comprobada del empleador, responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y *especiales del trabajo*, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos laborales.

Cuando el empleador incumple culposamente dichos deberes derivados del contrato de trabajo, se presenta la responsabilidad de indemnizar al trabajador que sufre el infortunio laboral o la enfermedad profesional, o a sus beneficiarios, respecto de los daños que le fueran ocasionados con ese proceder, que comprende toda clase de perjuicios, ya sean materiales o morales. En otras palabras, la abstención en el cumplimiento de la diligencia y cuidados debidos en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige la citada normativa legal”.

En cuanto a la carga de la prueba, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta. No obstante, ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a la parte actora le basta con enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (SL13653-2015, SL7181-2015, SL7056-2016, SL12707-2017, SL2206-2019, SL2168-2019, SL5154-2020).

Al respecto, la sentencia 5154-2020 establece:

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

"Asimismo, en torno a la carga de la prueba esta Corporación ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019 y CSJ SL2168-2019). En la última sentencia referida, la Sala explicó:

Pues bien, esta Sala ha determinado que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio; no obstante, por excepción, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores», con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil (CSJ SL 7056-2016)".

De esta manera, es carga del empleador acreditar que no incurrió en las omisiones que se le endilgan, recuérdese que la diligencia y cuidado en cabeza de la empresa, según la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia aludida (SL5154-2020), recae en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes; ello por cuanto nuestro ordenamiento jurídico ha sentado las bases del deber de prevención y cuidado del empleador en torno a la definición del concepto de salud ocupacional, cuyo estudio se centra en la definición de la potencialidad de los riesgos laborales frente a la salud o la seguridad de los trabajadores conforme a la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

mismos y el número de trabajadores expuestos por parte del empleador, según está regulado en la Resolución 1016 de 1989 (estas obligaciones están previstas actualmente en los artículos 2.º numerales 18, 34 y 35, 4.º, 7.º, 8.º, 12 y 15 del Decreto 1443 de 2014).

En ese mismo sentido, señala la H. Corte Suprema de Justicia que en dichos procesos lógicos de prevención es obligación de los empleadores identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos potenciales a los cuales puede estar expuesto un trabajador. Para ello, los empleadores tienen **deberes** (i) genéricos, (ii) específicos y (iii) excepcionales. Los primeros están vinculados a las obligaciones generales de prevención que tiene el empleador en toda relación de trabajo, tales como el deber de información, de ejecución de medidas de protección y prevención de los riesgos laborales, identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos laborales, conforme lo disponen los artículos 21, 56 y 58 del Decreto 1295 de 1994, 57 del C.S.T, entre otros.

Por su parte, los deberes específicos tienen relación con los deberes concretamente establecidos en la ley y que reglamentan las obligaciones generales de prevención frente a la realización de una tarea puntual. Los deberes excepcionales son aquellos que, si bien no están contemplados como un deber específico en cabeza del empleador, las circunstancias en las cuales se da la exposición a un riesgo obligan a este último a tomar medidas especiales de prevención y protección (SL16367-2014).

Por lo anterior, señala la H. Corte Suprema de Justicia que, *“corresponde a los empleadores en este panorama general cumplir sus deberes genéricos, específicos o excepcionales, con miras a prevenir, identificar y evaluar los riesgos potenciales, así como determinar los controles adecuados en el medio, en la fuente y la persona, dado que sobre estos se construye el análisis de la*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

*adecuada diligencia y cuidado en su deber de prevención y
protección de las personas trabajadoras”.*

En igual sentido, explica la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia que determinado el riesgo y los tipos de deberes que debió ejercer el empleador es necesario analizar los **controles** que tenía que ejecutar, los que aparecen en nuestra legislación desde la expedición de la Resolución 2400 de 1979 - artículo 2-, el Decreto 614 de 1984 -artículo 24- y la Resolución 1016 de 1989 -artículo 4 y siguientes-, en los que se estableció que los empleadores deben ocuparse de ejercer actividades de prevención en relación con el medio, en la fuente, o en la persona¹. La H. Corte Suprema de Justicia los define de la siguiente manera:

“(i) Los controles en el medio: que corresponden a todos aquellos que deben ejercerse en el ambiente de trabajo, las medidas administrativas, la organización y ordenamiento de las labores, las capacitaciones sobre los riesgos laborales, y en general con relación a los elementos, agentes o factores que tienen influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

(ii) Los controles en la fuente: corresponden a las medidas técnicas o controles de ingeniería que se emplean directamente en el origen de los peligros para lograr la eliminación o sustitución de los mismos y están asociados a todas las intervenciones que buscan disminuir la probabilidad de ocurrencia de eventos laborales, al modificar las condiciones en que se presenta el peligro, es decir al cambiar las características del origen que amenaza con generar el daño.

(iii) Los controles en la persona: son todas aquellas medidas que protegen al trabajador de los daños que puede llegar a generar la materialización de un peligro, en su salud o integridad física, lo cual en la práctica se traduce en la entrega de los elementos y/o equipos de protección personal que previamente se han identificados como idóneos para la ejecución de las tareas a desarrollar y la interiorización que el trabajador ha hecho sobre su forma de uso”.

¹ Controles establecidos en la actualidad en el mencionado Decreto 1443 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015.

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

En conclusión, corresponde a los empleadores en este panorama general cumplir sus deberes genéricos, específicos o excepcionales, con miras a prevenir, identificar y evaluar los riesgos potenciales, así como determinar los controles adecuados en el medio, en la fuente y la persona, dado que sobre estos se construye el análisis de la adecuada diligencia y cuidado en su deber de prevención y protección de las personas trabajadoras.

Finalmente, habría de recordarse que los actos inseguros o imprudentes que pudo cometer el trabajador no eximen al empleador de su culpa ni tampoco conducen a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios, puesto que este faltó a sus deberes o controles, en aras de evitar o prevenir accidentes laborales. Sobre este aspecto, se pronunció la máxima corporación de la especialidad laboral a través de la sentencia SL4277-2020, donde reiteró la SL2335-2020, sosteniendo:

“La concurrencia de culpas de empresa y trabajador no exime de responsabilidad a la empresa. Solo la exime la culpa exclusiva de la víctima. Así lo tiene asentado la jurisprudencia laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 2335 de 2020, como sigue:

Pues bien, esta Corporación desde la sentencia CSJ SL, del 15 de nov. 2001, rad. 15755, en relación a esta precisa temática, adoctrinó que la indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, es una regulación autónoma de la responsabilidad patronal, por la cual no resulta operante el concurso de culpas previsto en el citado artículo 2357 del Código Civil, según lo explicado así:

[...] Considera la Sala que en principio el artículo 216 del C.S.T. radica exclusivamente en cabeza del culpable la indemnización <total> y ordinaria de perjuicios, sin que prevea una reducción de la misma por una eventual concurrencia de culpa de la víctima. Si el deseo del legislador fuera permitir tal aminoramiento, bastaría con que así lo hubiese previsto de manera expresa o simplemente ordenado remitirse a las normas del código civil que gobiernan la materia en esa especialidad. Pero tan no fue esa la voluntad del legislador, que reguló el tema de modo autónomo, en el propio código sustantivo del trabajo, haciendo énfasis en que el empleador responsable debe responder por la totalidad de los daños y es apenas elemental que este diáfano concepto excluye lo meramente parcial o lo incompleto.

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

Además, lo anterior tiene plena concordancia con lo prescrito respecto de la responsabilidad objetiva en la que la ley se encarga de tarifar de antemano las consecuencias o efectos sin que tenga el trabajador que demostrar culpa alguna. En cambio, en el sistema del artículo 216 en comento, la carga probatoria de la culpa y de los perjuicios sufridos le incumbe exclusivamente al afectado.

No está por demás decir que constitucional y legalmente existe protección especial para el trabajo humano y los derechos de los trabajadores consagrados en la legislación laboral son derechos mínimos, razón adicional que pone de manifiesto la improcedencia de aplicar analógicamente en esta materia las normas civiles que tienen un fundamento y una finalidad distinta, especialmente en temas como el presente en que se trata de una culpa patronal que originó el deceso del trabajador demandante.

En providencia CSJ SL, del 10 de mar. 2004, rad. 21498, la Corte precisó el anterior criterio, para señalar que no hay responsabilidad del empleador de conformidad con lo regulado en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador accidentado, pero no cuando en tal infortunio concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo, dado que no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes.

[...] De lo citado se concluye que no se presentará la responsabilidad del empleador de que trata el señalado artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador, **pero no cuando en tal insuceso concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo.** (Negrillas del texto original).

En igual sentido, en la sentencia SL5619-2016, precisó:

“Así las cosas, siguiendo las anteriores directrices o enseñanzas jurisprudenciales que la censura no logra hacer variar, y como en el asunto a juzgar, quedó debidamente acreditada la culpa de la empleadora demandada, lo cual no es materia de cuestionamiento en sede de casación, en definitiva, no puede operar la compensación de culpas en los términos peticionados en el ataque, ni la reducción en el monto de la condena por la referida indemnización. (Subrayado fuera de texto)”.

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Dorys, María Antonia, Emilia, Belén, y Gerardo Aldana Losada, así como Lili Aldana de Garzón eran hermanos de Tiberio Aldana Losada (fls. 16 a 21).
- ii) Tiberio Aldana Losada ingresó a laborar al servicio de la demandada el 11 de agosto de 1998 para desempeñar el cargo de Auxiliar de Bodega; siendo ascendido el 02 de enero de 2003 para ejecutar el cargo de Auxiliar de Planta, en el que su función principal era la de acondicionar el trigo que se va a moler en el molino (fl.30).
- iii) El cargo de Auxiliar de Bodega tiene como funciones las de realizar el encendido o arranque de maquinaria de equipos del tren de limpia y acondicionamiento a través del computador; revisión de encendido; colocar carga y adicionar el trigo; mantener vigilancia del paso del trigo, nivel de adición de agua, y maquinaria; supervisión general del funcionamiento de las máquinas o equipos; y apagado del computador (fl.31).
- iv) A Tiberio Aldana Losada le fueron efectuados aportes a seguridad social integral, así como el pago de salario, auxilio de transporte y tiempo suplementario (fls. 33 a 65).
- v) El 16 de enero de 2018, Tiberio Aldana Losada hizo parte de la capacitación de "*Aplicación Bateria Producción*" (fls.251 y 252).
- vi) El 25 de septiembre de 2018 Tiberio Aldana Losada participó en una capacitación de funciones, responsabilidades al cargo, y riesgos/peligros (fl. 250).
- vii) Tiberio Aldana Losada falleció el 17 de octubre de 2018 (fl.23).

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

- viii) En el informe del accidente de trabajo del empleador a la A.R.L. SURA se estableció que el 17 de octubre de 2018 el causante no se encontró en su sitio de trabajo, por lo que se inició la búsqueda de este; que a las 5:30 P.M. se avisó a la policía y a los bomberos, quienes se hicieron presente a las 8:00 P.M.; que se informó a los familiares de la situación del señor Tiberio Aldana Losada; que se dio por concluida la búsqueda a las 11:00 P.M., siendo reiniciada al día siguiente a las 6:00 A.M.; que a las 3:00 P.M. se encontró la herramienta que había sido recogida por el causante en el depósito de trigo CWRs; y que a las 7:00 P.M. se encontró el cuerpo del causante (fls. 66 a 68).
- ix) En el Acta Técnica de Inspección a Cadáver diligenciado por Policía Judicial se determinó, aunado a lo dicho en el informe de accidente de trabajo por parte del empleador, que el cuerpo se encontró con laceraciones en brazo y muñeca izquierda, laceraciones en región abdominal y tórax, protuberancia con rojo en tercio medio antebrazo izquierdo, y que el cuerpo se encontraba con bastante trigo (fls. 75 a 77).
- x) El 19 de octubre de 2018, en necropsia realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se determinó que la causa de la muerte del causante fue una *"asfixia ventilatoria combinada tipo sepultamiento manera de muerte: violencia a determinar por la autoridad"* (fls. 78 a 82).
- xi) En el formato de investigación de incidentes y accidentes de trabajo para empresas afiliadas a A.R.L. SURA del 25 de octubre de 2018, se determinó por parte del investigador de la administradora de riesgos laborales que dentro de los factores personales se encontraba que hubo un criterio errado o errores de juicio, exceso de confianza, y práctica inadecuada;

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

dentro de los actos inseguros, que se ingresó a un área restringida sin autorización; dentro de las condiciones inseguras se indicó que se utilizaron métodos o procedimientos de por sí inseguros; y dentro de los factores de trabajo, que la supervisión y el liderazgo fue deficiente, que la ingeniería era inadecuada, que hubo una selección inadecuada de controles y seguridades, que hubo fallas en la evaluación de necesidades y riesgos, y que habían estándares deficientes de trabajo; informe en el que fueron partícipes y fue suscrito por Enrique Gómez -Representante del COPASST-, Ricardo Rojas -Jefe Inmediato-, Julieth Granobles Leyton -Coordinador S.O.-, y Esteban Gómez -Director de Mantenimiento- (fls. 69 a 72).

- xii) El 19 de noviembre de 2018, la demandada actualizó su matriz de riesgos por accidente mortal, señalándose que *"se incluyen y actualizan los factores de riesgo locativos por trabajo en espacios confinados y superficies deslizantes, para las áreas de bodega de trigo (piscina) y silos"* (medio óptico de folio 168).
- xiii) El 20 de noviembre de 2018, A.R.L. SURA informó que el siniestro acaecido era un accidente de trabajo y que asumiría las prestaciones económicas generadas por el mismo (fls.73 y 74).
- xiv) El 23 de noviembre de 2018, A.R.L. SURA emite concepto técnico a través del que menciona que se debe establecer un sistema que permita restringir el acceso al área de la piscina de trigo; actualizar la matriz de identificación de peligros, evaluación y evacuación de riesgos, incluyendo los planes de acción generados de la investigación (fl.342).
- xv) La empresa demandada cuenta con reglamento de trabajo, en el que se establece en los artículos 29, 33, 38, 43 que es obligación del empleador velar por la

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

salud, seguridad e higiene de los trabajadores a su cargo; que los trabajadores deben someterse a todas las medidas de higiene y seguridad industrial; que el trabajador debe obedecer las órdenes del empleador, permanecer en el lugar de trabajo en el que se van a desempeñar las labores, y observar las medidas preventivas dispuestas por el empleador; que es obligación del empleador poner a disposición de los trabajadores los instrumentos y materias primas adecuadas, y procurar los locales y elementos apropiados de protección (fls. 133 a 158).

xvi) La empresa cuenta con Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial y con un Plan de Emergencias, en la que no aparece el riesgo de sepultamiento en harina o similar (fls. 161 a 167 y 169 a 225).

xvii) La empresa cuenta con un Plan de Señalización del que no se logra extraer que en depósito de trigo CWRS hubiera algún tipo de señal que advirtiera que se estaba frente a una zona de peligro o de prevención de sepultamiento (fls. 226 y 227).

Por otra parte, comparecieron a rendir testimonio **Ricardo Rojas Velásquez, Julieth Paola Granobles Leyton, y Esteban Ricardo Gómez Corso**, quienes manifestaron lo siguiente:

Ricardo Rojas Velásquez en su condición de Jefe de Producción adujo que fue el jefe inmediato del causante; que las funciones de mojar el trigo se hacen a través de mecanismos automáticos, de modo que las labores son de supervisión; que la zona de depósito del trigo donde fue hallado el causante es totalmente independiente a la empresa como tal; que no se entiende por qué el causante fue a esa zona, puesto que no es de tránsito; que por la densidad del trigo se puede caminar sobre él, por lo que, sólo cuando uno realiza una acción, como agacharse y sumergirse se convierte en algo peligroso, de lo contrario, no;

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

que supervisaba que el causante estuviera en su puesto de trabajo, que era el encargado de darle las órdenes y ejercer un control de calidad y responsabilidad; que el causante podía supervisar desde su computador el mojado del trigo; que si se tenía que hacer algo manual dentro de la piscina y de la bodega, sólo se podía realizar cuando el trigo alcanzaba un máximo del 20% del nivel; que cuando la bodega está llena, el trigo se desplaza solo; que no participó en la investigación que realizó la empresa de la muerte del difunto, y su rol fue únicamente de testigo, puesto que fue la persona encargada de explicar los detalles del funcionamiento de la planta; que la investigación la realizaron Enrique Gómez y Julieth Granobles; que el investigador estableció que el factor de trabajo de liderazgo y supervisión fue deficiente porque siempre hubo una duda respecto a la línea de tiempo, él supuso que el trabajador estuvo solo, que recorría la planta y no estaba en un sitio exacto de trabajo, y que no había un contacto directo de escritorio a escritorio; que en lo referente al factor de ingeniería inadecuada, el investigador nunca supo entender cómo funciona la maquinaria, que es estándar, que no tiene cómo mejorar, y que es la que está en toda la industria molinera; que en la matriz de peligro no se establece como peligrosa el área de depósito, puesto que no es un sitio de trabajo; que había un letrero que avisa que está prohibido la entrada al depósito que dice "prohibido el ingreso sin acompañamiento"; que el causante llevaba muchos más años que él en su puesto de trabajo; que la bodega contaba con un candado que había en la puerta, al cual tenía acceso el causante; que el difunto ingresó a la bodega cuando había un candado puesto; que el cuerpo del trabajador fue encontrado más o menos a cuatro metros de profundidad; que la empresa no consideró como riesgo atrapamiento por materia prima; que las labores del difunto eran llevar el trigo desde el área de bodega al área de moje y limpia, de manera que su labor era escuchar y ver que no hubiera un atasque, y verificar el proceso, lo que supone una supervisión visual; que la orden que se dio al causante el día

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

de su fallecimiento fue que alistara 20 toneladas de trigo para el otro día ir a molerlos; que no le dio orden al causante de que fuera a la bodega de trigo; que fuera de la supervisión no hay ninguna labor que realizar en la bodega de trigo; que tomaron una capacitación de seguridad en el trabajo 20 días antes del accidente; que cuando se hace el mantenimiento de la piscina o cuando se ingresa es cuando la piscina está desocupada en un 80%, y que ese llenado llega a la altura de la rodillas; que las restricciones para entrar a la bodega son dadas en el protocolo, tiene que entrar acompañado o pedir autorización, la que sólo es dada cuando la piscina esta casi vacía; y que no sabe si el causanteo estuvo solo o acompañado en la bodega, pero según las cámaras entró solo.

Julieth Paola Granobles Leyton en su condición de Coordinadora en Salud Ocupacional señaló que al momento del accidente de Tiberio, la empresa estaba realizando un cambio de maquinaria de equipos de molienda; que a las 2:30 P.M. una de las alarmas sonó y se dieron cuenta que el causante no estaba y empezaron la búsqueda; que hasta la tarde del día siguiente se llegó a la conclusión de que el difunto podía estar en la bodega porque ahí fue donde se vio por última vez, de modo que el personal de la empresa empezó a buscar hasta que se encontró la herramienta que él había recogido, siendo encontrado sobre las 6:30 P.M.; que la herramienta que recogió el causante fue un Hombresolo; que la orden que le dio el jefe al causante fue la de sus labores diarias, prender el computador, mojar el trigo automáticamente y revisar los equipos por las cuatro plantas del molino; que entre las funciones de revisar las plantas de molino no estaba ir a la bodega de trigo donde fue encontrado; que el causante debía observar la maquinaria por los cuatro pisos de molienda, él se la pasaba inspeccionando pero todo se manejaba desde el computador; que el causante llevaba 15 o 16 años en ese cargo; que el causante hizo parte de las dos capacitaciones que impartió en 2018, una por estrés, y la segunda, fue de riesgos;

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

que la empresa tiene un sistema de gestión y seguridad en el trabajo, una matriz de identificación de riesgos y peligros, programas de biomecánica, de ruidos, de altura; que dentro del protocolo para el ingreso de la bodega se establece que sólo se puede ingresar cuando está máximo al 20% de lleno o vacía, con acompañamiento, y con autorización del jefe inmediato; que en la matriz de riesgos lo que le pasó al causante es una ponderación muy baja, no se tiene como un riesgo muy alto, por cuanto no es una zona de trabajo; que la puerta de la bodega, tiene seguro y candado; que firmó el formato de Incidentes y accidentes en el trabajo pero que este se hizo a criterio del investigador del COPASST; que en la puerta de ingreso a la bodega había una señalización; que dentro de la bodega no hay cámaras porque no es un área de trabajo, pero que en los pasillos sí hay cámaras; que a la bodega se ingresa a través de una plataforma sin riesgo de caída; que el nivel de altura de la plataforma a la piscina es como cuatro metros; que no hay señalización de caída en la plataforma; que al momento del accidente la bodega se encontraba al 100%, por lo que la plataforma también se encontraba tapada porque en ese momento no se podía ingresar; que no existe dentro de la matriz de riesgos el atrapamiento por materia prima, porque el trigo va buscando acomodarse, no se acumula en un solo lado, va cogiendo el espacio que tiene en la bodega; que los desatasques de trigo también se hacen desde el computador; y que el candado no estaba puesto el día que ocurrió el accidente, las llaves estaban en la oficina del jefe de molienda, por lo que, el causante tenía acceso a ellas, pero tenía que pedir permiso para tomar las llaves y poder ingresar al área de la bodega.

Finalmente, **Esteban Ricardo Gómez Corso** adujo en su calidad de Director de Mantenimiento que lo único que el causante debía hacer era prender las máquinas de forma remota en el computador; que todo el proceso de molienda es automático; que para lo anterior, se usa un PLC, que es un programador lógico

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

programable que se encarga de revisar todo el proceso de la industria, sensores, motores; que si llega a fallar una máquina se para el proceso de producción en la línea donde hay el fallo, se hace una parada de emergencia para evitar algún tipo de daño eléctrico, se desactiva las máquinas y se accede a lugar donde están las maquinarias, siguiendo el protocolo de seguridad; que las funciones del causante eran las de supervisar el funcionamiento de las máquinas de manera visual, y hacer el recorrido del proceso verificando la operación de las máquinas, su buen funcionamiento; que hay un obstáculo para ingresar a la bodega, una puerta con pasador y candado que, evita el paso a la piscina de trigo; que la llave del candado se encuentra en la oficina del molinero; que el director de planta ni él le dieron autorización al difunto para entrar a la bodega de trigo, así como tampoco pidió dicha autorización; que sólo se puede acceder a la piscina de trigo acompañado de una persona, con un nivel de trigo máximo del 20% y con la autorización del supervisor; que el área de bodega de trigo no es un espacio de trabajo; que después de sonar la alarma (2:30 P.M.) empezaron a verificar la ubicación del causante; que el protocolo para entrar a la bodega está por escrito; que las medidas de la bodega es 20 x 40 metros y la altura son seis metros; que si hay un atasque se saltan las alarmas, se paran las máquinas y ahí sí puede verificar qué sucedió; que la parada de las maquinas es automática, no se necesita nada manual; que la supervisión visual se hace para verificar el funcionamiento correcto de la maquinaria; que las fallas se pueden prevenir con supervisión sensorial, ya sea auditiva o visual; y que no era función de Tiberio supervisar o mirar que no hubiera averías cuando la piscina estaba vacía.

En el **interrogatorio de parte** el representante legal de la demandada señaló, que el 17 de octubre de 2017, el causante estaba procediendo a montar una maquinaria nueva que se estaba ensamblando lo que procedió a realizar frente a un computador porque el sistema está automatizado; que siendo las

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

2:45 PM sonó una alarma, de uno de los sensores, que indicaba que las 20 toneladas del trigo ya estaban mojadas, pero el causante desapareció; que al observar las cámaras de video se vio al difunto recoger una herramienta y dirigirse hacia el depósito donde se almacenaba el trigo; que las 3:00 P.M. del día siguiente se puso el personal a escarbar en el trigo y se detectó la herramienta del difunto, por lo que se intensificó la búsqueda en ese sector; que como a las 6:00 P.M.- 7:00 P.M. lograron encontrar el cuerpo del causante; que el sistema de gestión y salud en el trabajo está implementado desde 2014 y contempla una matriz de peligros, un manual de funciones, protocolos, señalización y capacitaciones; que el señor Aldana no debió haber ingresado a la zona de almacenamiento de trigo, ya que no era su zona de trabajo y se encontraba completamente llena; que hay un protocolo para que una persona pueda entrar al depósito de trigo, se debe contar con la autorización del director de la planta y debe ir acompañado de otra persona; que en la bodega hay señalización y candado; que en la investigación interna que se realizó se concluyó que el causante desobedeció todo el protocolo y tuvo un juicio errado, exceso de confianza, por demás que desatendió el manual de funciones al entrar solo y sin avisar a ese sector; que el causante desatendió los factores de trabajo, no tenía que ir al depósito, su puesto de trabajo era en la oficina donde está el computador; que la ingeniería que tienen es adecuada, todo está estandarizado; que la investigación que realizó A.R.L. SURA refleja el criterio de un tercero; que el señor Aldana no debía realizar labores manuales, todas las labores para efectuar el acondicionamiento de trigo empezaba cuando ya estaba el trigo suficiente, él sólo tenía que prender el computador y hacer el recorrido revisando que las maquinarias estuvieran prendidas y haciendo su labor; que para esa supervisión hay un circuito cerrado de televisión; que dentro del depósito de trigo no hay cámaras de seguridad porque eso se llena; que no es cierto que no hubiera señalización de prohibido el acceso donde está la piscina de almacenamiento de trigo, por cuanto está

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

completamente señalizado y el riesgo está descrito en el manual de funciones y en la matriz de peligros; que el señor Aldana sabía dónde estaba la llave del candado, por cuanto el computador que él manipulaba está dentro de la oficina del director de la planta y ahí estaba la llave; que las funciones que realizaba el señor Aldana eran completamente sistematizadas, mientras el sistema este funcionado correctamente y esté prendido, él no debía realizar ninguna función manual; que al señor Aldana se le dio una orden verbal para que hiciera el acondicionamiento del trigo, pero no que ingresara al depósito, dado que el depósito estaba lleno y no había necesidad de hacer un acercamiento para extraer el trigo; que nunca se le llamó la atención al causante por incumplir normas; y que el verificar que los trabajadores no ingresen a áreas que no sean su puesto de trabajo se realiza por medio del circuito de televisión cerrado, aunado a que el Director de Planta pasa frecuentemente por los sitios del molino.

Pues bien, el análisis conjunto de la prueba recaudada, le permite concluir a la Sala que, para el momento del accidente ocurrido al causante, la empresa demandada no contaba con una matriz de riesgos suficiente para evitar el accidente de trabajo sufrido por el trabajador Aldana. En efecto, nótese en primer lugar, como el documento que contiene la investigación de incidentes y accidentes de trabajo, de la A.R.L. SURA, del 25 de octubre de 2018, (fls 69 a 72) determinó que el trabajador ingresó a un área restringida sin autorización, que utilizó métodos o procedimientos inseguros, y que la supervisión y el liderazgo de la empresa fue deficiente, que la ingeniería era inadecuada, que hubo una selección inadecuada de controles y seguridades, que hubo fallas en la evaluación de necesidades y riesgos, y que había estándares deficientes de trabajo.

Aunado a ello, en el informe técnico rendido el 23 de noviembre de 2018, (fl.342) la A.R.L. SURA señaló que la demandada debía establecer un sistema que **permitiera**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.
Demandado: INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.

restringir el acceso al área de la piscina de trigo; y actualizar la matriz de identificación de peligros, evaluación y evacuación de riesgos, incluyendo los planes de acción generados de la investigación; lo que únicamente se logró hasta el 19 de noviembre de 2018, esto es, con posterioridad al accidente del causante, y en el que la empresa accionada actualizó su matriz de riesgos por dicho accidente mortal, señalando que *"se incluyen y actualizan los factores de riesgo locativos por trabajo en espacios confinados y superficies deslizantes, para las áreas de bodega de trigo (piscina) y silos"*.

En segundo lugar se constató que, si bien la empresa demandada cuenta con Reglamento Interno de Trabajo, Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial, Plan de Emergencias, y Plan de Señalización, lo cierto es que en ninguno de ellos se avizora la existencia del riesgo por sepultamiento en harina o similares con antelación al acaecimiento del accidente, por el contrario del Plan De Señalización, lo que se logra determinar es que en el depósito de trigo CWRS - lugar donde acaeció el siniestro - no existía algún tipo de señal o alerta que indicara estar frente a una zona de peligro o alguna advertencia que previniera la existencia del peligro por sepultamiento.

Por otra parte, el testimonio de Ricardo Rojas Velásquez, Julieth Paola Granobles Leyton, y Esteban Ricardo Gómez Corso, a juicio de la Sala no resultan lo suficiente certeros y fidedignos para eximir de responsabilidad al empleador, pues además que hicieron parte del grupo de investigación de incidentes y accidentes de trabajo, y suscribieron el correspondiente informe técnico que a la postre rindió la A.R.L. SURA el 25 de octubre de 2018, y en el que se señaló que, la supervisión y el liderazgo de la empresa fue deficiente, que la ingeniería era inadecuada, que hubo una selección inadecuada de controles y seguridades, que hubo fallas en la evaluación de necesidades y riesgos, y que habían estándares deficientes de trabajo; encuentra la Sala que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

de sus declaraciones se logra extraer que en la matriz de peligros no se establecía como peligrosa el área de depósito, que la empresa no consideró como riesgo el atrapamiento por materia prima, y que en la matriz de riesgos el evento sucedido al causante contaba con una ponderación muy baja.

De esta manera, considera la Sala que el empleador omitió el cumplimiento cabal de sus deberes genéricos, esto es, aquellos que están vinculados a las obligaciones generales de prevención que tiene el empleador en toda relación de trabajo, pues no se observan medidas de protección y prevención de los riesgos laborales efectivas para identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos en espacios confinados y superficies deslizantes para las áreas de bodega de trigo (piscina) y silos, así como sepultamiento. Además, no observa la Sala que el control de medio hubiere sido efectivo, ya que no se avizora una suficiente supervisión del ambiente de trabajo, hasta tal punto que la empresa no contaba con la señalización adecuada en el lugar donde acaeció el accidente, y lo único que limitaba el acceso del causante al área del siniestro era un candado que estaba a su disposición.

En este punto, se hace necesario aclarar que si bien del informe técnico de A.R.L. SURA del 25 de octubre de 2018, y de las declaraciones de los anteriores testigos, se logra extraer que por parte del trabajador existió un criterio errado o errores de juicio, exceso de confianza, práctica inadecuada, que ingresó a un área restringida sin autorización, y que utilizó métodos o procedimientos inseguros, no es menos cierto que la empresa no contaba con una suficiente y veraz identificación del riesgo que generó el siniestro, aunado a que no se verifica que por parte de la demandada se hubiera ejercido una supervisión y liderazgo eficiente y que existiera una selección adecuada de controles y seguridades, por lo que, en tal sentido, no es viable considerar que el empleador obró con la suficiente diligencia y cuidado para

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

evitar el accidente que generó la muerte del señor Tiberio Aldana Losada; en todo caso, de considerar que hay culpa del trabajador en la ocurrencia del siniestro, rememórese que, conforme criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en las sentencias previamente citadas, SL5619-2016, SL2335-2020, y SL4277-2020, la concurrencia de culpas entre el empleador y el trabajador no tiene la virtud de eximir de responsabilidad a la empresa, puesto que sólo la exime la culpa o hecho exclusivo de la víctima, - criterio que esta Sala de Decisión comparte-, lo cual en el sub lite no acaeció o no logró probarse a efectos de exonerar de responsabilidad al empleado.

Por lo anteriormente narrado, por encontrarla ajustada a derecho, la Sala CONFIRMARÁ la decisión del A Quo de declarar la culpa patronal del empleador con la consecuente consecuencia indemnizatoria en favor de la activa, por lo que corresponde subsiguientemente, el estudio de la tasación de los perjuicios conforme el recurso de la parte demandante.

DE LOS PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.

Frente a la legitimación, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que toda persona diferente del trabajador, que tenga una relación jurídica con este y acredite haber sufrido un daño cierto en sus condiciones materiales o morales, con ocasión de la muerte, discapacidad o invalidez generadas con el infortunio laboral, en el cual haya mediado culpa suficientemente comprobada del empleador, está legitimada para solicitar el reconocimiento de la indemnización plena de perjuicios (sentencia del 06 de marzo de 2012, rad. 31948, SL13074-2014 y CSJ SL7576-2016).

Dicho lo anterior, en el proceso se encuentra acreditado que los aquí demandantes son hermanos del causante, (fls.16 a 22)

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

luego, se evidencia su legítimo interés en el reclamo de los daños que pretenden sean resarcidos.

Frente al daño emergente. La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado entre otras en la sentencia SL2206-2019, que para que haya lugar a la imposición de este rubro, se debe verificar la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y la generación de un pasivo patrimonial a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad.

Al auscultar todo el acervo probatorio, no se encuentra acreditado ningún tipo de pasivo patrimonial o que fueron los demandantes quienes asumieron gastos irrogados como consecuencia del fallecimiento del causante, por lo que en tal sentido le asiste razón al A Quo al imponer la absolución sobre este aspecto.

En cuanto al lucro cesante - consolidado y futuro -. La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado en sentencias como la del 06 de marzo de 2012, rad. 31948 y del 15 de octubre de 2008, rad. 2997, reiteradas en la SL5154-2020, que quien reclame perjuicios en la modalidad de lucro cesante debe probar la lesión del derecho surgido de la relación de interés con la víctima, esto es, demostrar la dependencia efectiva de su subsistencia, total o parcial, con respecto del causante, excepto que se trate de obligaciones que emanan de la propia ley, como por ejemplo las alimentarias; que el resarcimiento no es solamente para quien dependa absolutamente del causante, sino también de quien tuviera algún tipo de ayuda; y que la afectación puede ser parcial, si el auxilio o contribución se destinaba a algunos gastos, con una suma fija, o para unas determinadas necesidades, de modo que el lucro

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o, se recibe en menor proporción.

Descendiendo al caso de autos, el acervo probatorio recolectado no prueba en forma alguna la dependencia económica – total o parcial – de los demandantes respecto del causante, precisando desde ya que resulta que para acreditar la dependencia resulta inconducente la prueba del interrogatorio de parte de la activa, por cuanto con dicha prueba lo que se busca es la confesión de hechos adversos a la parte que lo rinde, recordando además que, no puede la parte producir su propia prueba y por ello, contrario a lo afirmado en el recurso de la activa, resulta inidóneo el interrogatorio de parte de los demandantes para probar la dependencia económica respecto del causante; prueba de la que además valga advertir lo que se logra evidenciar es, precisamente, la falta de dependencia económica de los demandantes de su hermano fallecido.

Lo anterior, como quiera que, Dorys Aldana Losada dijo que dependía económicamente de su esposo; María Antonio Aldana Losada señaló que, cuando estuvo bien de salud trabajaba, lavando y planchando, pero que actualmente es su hijo, quien le colabora; Emilia Aldana Losada adujo que siempre ha trabajado, pero que desde hace 15 años padece de tuberculosis, por lo que, se sostiene con lo que le dan sus hijos; Lili Aldana de Garzón mencionó que los gastos de la alimentación los cubre su esposo, y que el causante sólo le colaboró cuando vivía con su padre, quien falleció cinco años atrás; Belén Aldana Losada informó que el trabajador fallecido le daba un dinero pero porque le ayudaba con su comida, y el lavado y planchado de su ropa; y Gerardo Aldana Losada expresó que él mismo se proveía sus gastos, ya que tiene una familia y trabajaba para mantener a sus hijos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

Por lo brevemente expuesto, la Sala **CONFIRMARÁ** la absolución sentenciada por el A Quo frente a los perjuicios por lucro cesante.

Frente a los perjuicios morales. Al punto, sea lo primer aclarar que lo que se denomina en la demanda daños morales objetivos y subjetivos hoy hacen parte de una misma categoría denominados daños morales. Ahora bien, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, este tipo de perjuicio se encuentra revestido por una **presunción hominis**, según el cual la prueba de su existencia dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo, no de manera arbitraria sino como resultado de una deducción cuya fuerza demostrativa encuadra en clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, que le permite dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge" (SL13074-2014, SL4913-2018, SL2206-2019, y SL5154-2020).

No existe duda entonces sobre que el fallecimiento del causante generó aflicción e impacto emocional en sus hermanos, por lo que, para cuantificar el perjuicio, la Sala en uso de su arbitrio iudicis considera razonable imponer a favor de cada uno de ellos, la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que conlleva a que la condena en tales condiciones se modifique.

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que, por concepto de perjuicios morales, la accionada debe pagar a los demandantes la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales a favor de cada uno de ellos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01
Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**
Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de perjuicios morales INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES & CIA LTDA. debe pagar a a favor de Doris Aldana Losada, María Antonia Aldana Losada, Emilia Aldana Losada, Belén Aldana Losada, y Gerardo Aldana Losada, y a Lili Aldana Losada de Garzón, la suma de 20 salarios mínimos legales vigentes, a favor de cada uno de ellos.

SEGUNDO. - **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00455 -01

Demandante: **DORYS, MARÍA ANTONIA, EMILIA, BELÉN, Y
GERARDO ALDANA LOSADA, Y LILI ALDANA DE
GARZÓN.**

Demandado: **INDUSTRIA HARINERA LOS TIGRES S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2019-00234 -01
Demandante: **JOSÉ DE JESÚS OROZCO RUÍZ.**
Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte demandada, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ DE JESÚS OROZCO RUIZ** promoviese contra la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare que laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por tiempo superior a 20 años; que es beneficiario de la convención colectiva 1998-1999; y que cumplió 55 años el 04 de junio de 2013. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional, a partir del 22 de marzo de 2013; indexación de primera mesada pensional; actualización de las condenas; y aumentos de ley.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: 1) Laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, del 22 de enero de 1979 al 27 de junio de 1999; 2) Fue beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el sindicato de sus trabajadores para el periodo 1998-1999; 3) El salario promedio mensual devengado en el último año de servicios fue de \$1'559.924; 4) Su pensión de jubilación convencional está incluida en el cálculo actuarial aprobado por la Caja Agraria; y 5) Solicitó su pensión el 30 de octubre de 2018, no obstante, se le negó a través de la Resolución RDP 04935 de 2019.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P** - en adelante **U.G.P.P.** - (fls. 65 a 69), Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, y prescripción.

Expuso que por voluntad del constituyente las disposiciones convencionales respecto de las pensiones de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, mantuvieron su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, ello con el propósito de que esa materia fuera regulada exclusivamente por la ley de seguridad social.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del **03 de noviembre de 2020**, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

CONDENAR a U.G.P.P. a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación convencional a partir del 04 de junio de 2013, en cuantía inicial de \$2'503.677, los aumentos legales, 14 mesadas pensionales, y la indexación de las mesadas debidas mes a mes desde la exigibilidad de cada mesada pensional hasta cuando se produzca el pago de lo debido. La excepción de prescripción se declara probada parcialmente a partir del 11 de marzo de 2016. Costas a cargo de la parte vencida en el proceso, se fijan como agencias en derecho la suma de \$3'000.000.

En síntesis, refirió el A Quo estar acreditado que el accionante laboró más de 20 años de servicios a la extinta Caja Agraria y que el 04 de junio de 2013 cumplió la edad de 55 años; que por lo anterior, al actor le resulta aplicable el parágrafo del

artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, que dispone que la persona que se retire del servicio sin tener 55 años, tiene derecho a la pensión de jubilación al alcanzar dicha edad; que la edad, en el caso concreto, constituye un requisito de disfrute de la pensión, más no de causación; que el accionante al causar su pensión cuando acreditó 20 años de servicios, esto es, el 22 de enero de 1999, no quedó sujeto a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005; que operó el fenómeno extintivo de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de marzo de 2016 al demandarse el mismo día y mes de 2019; y que no se tuvo en cuenta la reclamación del 26 de octubre de 2015, dado que se excedió el término de tres años desde la exigibilidad de la obligación.

IV. APELACIÓN.

La **U.G.P.P.**, manifestó que de conformidad con el párrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, la sentencia SU-555 de 2014, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no existen más regímenes convencionales y especiales a partir del 31 de julio de 2010, por lo que, se debió acreditar la edad de 55 años más tardar al 31 de julio de 2010.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud

de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es U.G.P.P., se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Conforme los antecedentes señalados, advierte la Sala que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si hay lugar a reconocer una pensión de jubilación convencional a favor de José de Jesús Orozco Ruíz, pese a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL.

La pensión de jubilación convencional es una prestación económica que se encuentra establecida en una convención colectiva de trabajo, cuyo objeto es retribuir los servicios prestados durante la vida activa laboral de un trabajador a una empresa privada o una entidad del sector público.

Ahora, y en relación con la interpretación de los acuerdos convencionales ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que son las partes a quienes les corresponde fijar el sentido y alcance de los acuerdos convencionales y, desde luego, excepcionalmente, a los jueces laborales, teniendo en cuenta la preceptiva contenida en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. En aplicación de esa normativa,

la Corte ha explicado que cuando una norma de naturaleza convencional permite razonablemente varias interpretaciones, frente a cualquiera que escoja el juzgador de instancia, no se incurre en yerro alguno (CSJ SL4485-2018, CSJ SL953-2019).

En efecto, esta Sala ha precisado que «la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que le da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles», pero que, a la vez, niega la validez de lecturas no aceptables, que «traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas».

En ese sentido, la apreciación de las convenciones colectivas de trabajo no puede ser plenamente libre o arbitraria para las partes, de manera que conduzca a cualquier resultado, «sino que debe inscribirse dentro de un contexto jurídico y social preciso, al que debe guardar lealtad y con el que debe conjugarse de manera consecuente y armónica, más cuando se trata de la administración de recursos de naturaleza pública» (CSJ SL351-2018).

La misma Corporación, en sentencia del 23 de enero de 2009, Rad. 30077, reiterada el 14 de agosto de 2013 y 09 de septiembre de 2015, Rads. 51573 y 47803, respectivamente, y recientemente en la sentencia **SL5103-2020**, la misma Corporación manifestó que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no se puede acordar en pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales o acto jurídico alguno, regímenes pensionales diferentes a los establecidos en las leyes que regulan el sistema general de pensiones, por lo que, no es lícito que los convenios colectivos de trabajo o actos jurídicos de cualquier clase establezcan sistemas pensionales distintos al implementado por la ley, aun cuando sean más favorables a los trabajadores.

En igual sentido, la H. Corte ha expuesto que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, los convenios colectivos, laudos o acuerdos mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado; que no pueden pactarse condiciones pensionales más

favorables a las que se encontraren vigentes; y que en todo caso tales condiciones pierden vigencia el 31 de julio de 2010.

Y en la sentencia del 31 de enero de 2007, SL 31000, reiterada en sentencia SL 30077 del 23 enero de 2009, SL 39797 del 24 de abril de 2012, SL1409-2015, SL4963-2016 y SL3780-2018, la Alta Corporación interpretó las anteriores disposiciones estableciendo las siguientes reglas:

"a) El "término inicialmente estipulado" hace alusión a que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado". Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.

b) En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

c) Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3° transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo".

De esta manera, es claro tal y como lo dijera el órgano de Cierre en su especialidad laboral en sentencia del 09 de agosto de 2017, Rad. 49765, que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., las reglas pensionales subsistirán hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite para la supervivencia de los beneficios pensionales extralegales.

Así mismo, y en relación con la aplicación del Acto Legislativo en estudio, en sentencia SU-555 de 2014, la H. Corte Constitucional expuso que el enunciado *"no podrán extenderse más allá del 31 de julio de 2010"* se ajusta a las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., pues lo que encomendó el Comité Sindical de dicha organización, es que las pensiones convencionales que tengan reglas de carácter pensional mantengan sus efectos hasta la fecha de su vencimiento, es decir, que se respeten los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, escenario que es lo mismo que garantiza el Acto Legislativo 01 de 2005, donde se establece una regla para derechos adquiridos y una regla de transición para que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.

Igualmente, en la sentencia SU-241 de 2015 la máxima Corporación Constitucional estableció: i) si una pensión es reconocida conforme a derecho no puede congelarse, reducirse ni dejarse de pagar, aunque provenga de un régimen especial. En efecto, a pesar de que la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la vigencia de los regímenes pensionales especiales existentes hasta el 31 de julio de 2010 y prohibió la creación de otros nuevos, ordenó el respeto de los derechos adquiridos, salvo fraude a la ley; ii) la prohibición de diseñar nuevos regímenes pensionales especiales opera hacia el futuro, es decir desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 (25 de julio de 2005, día de su publicación); iii) la vigencia de los regímenes pensionales especiales, exceptuados y similares expiró el 31 de julio de 2010; y iv) las reglas pensionales vigentes al momento de expedir el Acto Legislativo, incluidas las contenidas en las convenciones colectivas, se mantendrán por el término inicialmente estipulado.

DEL CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) José de Jesús Orozco Ruiz nació el 04 de junio de 1958 (fl.60).
- ii) El demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 22 de enero de 1979 al 21 de enero de 1981, y del 08 de abril de 1981 al 27 de junio de 1999 (fls.52 a 59).
- iii) El 26 de octubre de 2018, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión convencional a la **U.G.P.P.** (fl.48), empero fue negada mediante la Resolución RDP 004935 de 2019, por cuanto las pensiones convencionales fueron excluidas del ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 (fls. 49 y 50).

Sentadas las anteriores premisas, la Sala pasa a verificar la cláusula 41 de la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores- SINTRACREDITARIO por ser el fundamento de las pretensiones de la demanda. Al respecto, la citada norma indica:

"ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN REQUISITOS.

A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieran dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de

la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados, la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha Ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución (...)"

Así las cosas, el entendimiento que se logra deducir del parágrafo de la norma en estudio, es que los trabajadores que se retiren del servicio antes del cumplimiento de la edad, esto es, 55 años, tienen derecho a la pensión de jubilación, siempre y cuando hayan cumplido 20 años de servicios.

Al respecto, es claro que el accionante prestó por más de 20 años sus servicios, puesto que, como se dijo, laboró en dos periodos para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es: del 22 de enero de 1979 al 21 de enero de 1981, y del 08 de abril de 1981 al 27 de junio de 1999, lo que equivale a 21 años, 2 meses, y 20 días.

Ahora bien, en lo que respecta al **requisito del cumplimiento de la edad**, ha sido la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia quién ha establecido que resulta razonable el entendimiento que hizo el sentenciador de primer grado, es decir, que la edad de 55 años es un requisito de disfrute y no de causación. Al punto, en sentencias, SL2297-2021, se dijo:

“Sobre el alcance de dicha disposición convencional, debe señalarse que ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, como por ejemplo en la sentencia CSJ SL5030-2019, en donde se sostuvo, que la intelección de este artículo 41, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística consiste en que: i) se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es decir, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y iii) que el disfrute o goce de la prestación se configura, cuando el ex trabajador arriba a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

En similar sentido, esta Corporación en la sentencia CSJ SL526-2018, puntualizó:

[...] en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...] Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

[...] Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las

únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador”.

Por lo expuesto, se considera que le asiste razón a la juzgadora de primera instancia en el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a favor de José de Jesús Orozco Ruiz, ya que su prestación quedó causada desde el momento en que acreditó 20 años de servicios y se retiró de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, el 27 de junio de 1999, por lo que no le eran aplicables las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

FECHA DE RECONOCIMIENTO Y VALOR DE LA MESADA INICIAL.

Como se ha explicado la edad es un requisito para el disfrute de la prestación de vejez, por lo que a partir del momento en que el demandante cumplió la edad de 55 años, era viable el disfrute de la misma. Por tanto, y dado que el accionante alcanzó la edad de 55 años el 04 de junio de 2013, pues nació el mismo día y mes de 1958, hay lugar a su reconocimiento a partir de la primera fecha en mención, tal y como lo dispuso la jueza de primera instancia.

Por otra parte, y en lo referente al valor de la mesada inicial, el parágrafo 3° del artículo 41 convencional establece lo siguiente:

“PARÁGRAFO 3°. La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo. Último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.

Demandante: **JOSÉ DE JESÚS OROZCO RUÍZ.**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

Segundo Factor. Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más, y el valor de la sobreremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido"

De conformidad con la norma transcrita, la Sala efectuó los cálculos de rigor tomado el promedio de lo devengado en el último año de servicios e indexó la primera mesada pensional, obteniendo los siguientes resultados:

SUELDO BÁSICO	\$ 704.344,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	\$ 225.391,00
PRIMAS SEMESTRALES	\$ 245.454,50
PRIMAS SEMESTRALES	\$ 141.622,25
SALARIO EN ESPECIE	\$ 12.108,67
VIATICOS	\$ 231.003,33
TOTAL	\$ 1.559.923,75

VALOR	IPC Inicial 1999 (A)	IPC final 2013 (B)	B/A	B/A * K
\$ 1.559.923,75	36,42	78,05	2,14	\$ 3.342.999,69
TASA DE REEMPLAZO			75%	\$ 2.507.249,77

De esta manera, tenemos que el valor reconocido por la A Quo, **\$2'503.677**, es ligeramente inferior al valor resultante en esta instancia **\$2'507.249,77**, por lo que en atención a que se surte la consulta en favor de la pasiva, dicha suma no se modificará.

MESADA CATORCE.

Al respecto, se considera acertada la condena impuesta por la A Quo de reconocer catorce mesadas, como quiera que la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no se vio afectada por tal

normatividad, recuérdese que el inciso 8° del acto legislativo en mención dispuso que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año.

PRESCRIPCIÓN.

El artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el plenario, encontramos que al reclamarse el 26 de octubre de 2018 la pensión de jubilación se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2015, no obstante, y como quiera que la Juez de Primera Instancia señaló que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con anterioridad a 11 de marzo de 2016, condena más favorable para la parte que se conoce en grado jurisdiccional de consulta, tal condena no se modificará.

INDEXACIÓN.

La Sala considera acertada su condena, dado que al momento en que se haga efectivo el pago de las correspondientes mesadas pensionales, su valor se podría verse sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2019-00234 -01
Demandante: **JOSÉ DE JESÚS OROZCO RUÍZ.**
Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

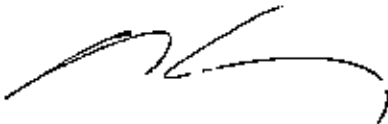
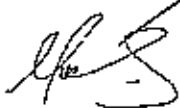
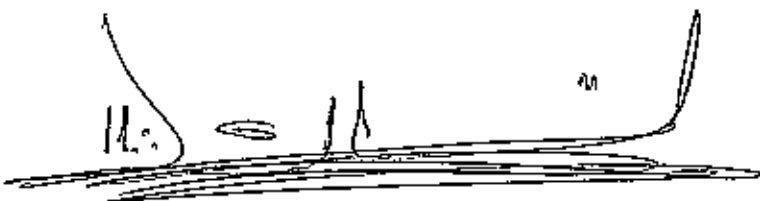
R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

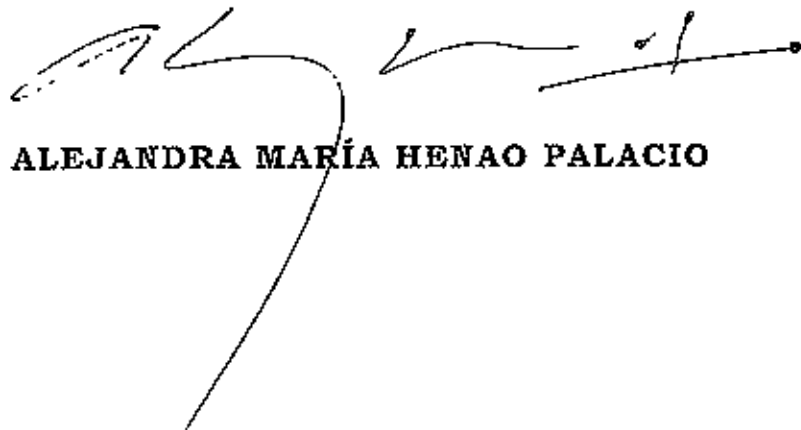
Los Magistrados,


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2019-00234 -01
Demandante: **JOSÉ DE JESÚS OROZCO RUÍZ.**
Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2011-00857 -01
Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**
Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS,
MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA
ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE
INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA** promoviese contra la **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, y MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ** en su calidad de miembros de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, y A.R.L. COLMENA.**

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare que la patología "*otras degeneraciones del disco cervical*" son de origen profesional, pues guardan relación directa con las actividades y los factores de riesgo laboral a los que estaba expuesto el actor como trabajador al servicio de la **DRUMMOND LIMITED**. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene solidariamente a los miembros y al secretario de la JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en relación con el origen de la patología, al pago de los daños y perjuicios ocasionados, y el reconocimiento de prestaciones económicas surgidas del accidente de trabajo y/o enfermedad profesional.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta:

- 1)** Ingresó a laborar a la Drummond LTDA el 08 de junio de 2004, en el cargo de Operador de Buldócer, con examen de ingreso apto;
- 2)** El 23 de diciembre de 2008 sufrió un accidente de trabajo, cuando se encontraba manejando un camión que se volcó, lo que le generó un golpe en el área cervical;
- 3)** El 09 de enero de 2009 se realizó resonancia nuclear magnética de columna cervical en la que se estableció que padecía de una hernia discal y una protusión;
- 4)** El 22 de enero de 2009, A.R.L. COLMENA manifestó que aceptaba el accidente de trabajo pero que objetaba las hernias discales y la protusión;
- 5)** El 12 de febrero de 2009, A.R.L. COLMENA efectuó restricciones, señalando que no se realizaran movimientos repetitivos de flexo extensión y rotación de columna cervical;
- 6)** El 08 de junio de 2010, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar consideró que la hernia discal C5-C6, C4-C5, mínima protusión C3-C4, era de origen

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

laboral; 7) El 31 de mayo de 2011, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ señaló las hernias discales asociados C3/C4, C4/C5 y C5/C6 como no derivado del accidente de trabajo; 8) Durante el periodo de su labor, los exámenes médicos ocupacionales periódicos fueron considerados normales; 9) Las labores que desempeña evidencian la existencia de un riesgo ergonómico alto; y 10) La A.R.L. COLMENA en concepto del 07 de enero de 2010 estableció que la patología "discopatía cervical hernia discal en C5-C6 y C4-C5 mínima protusión C3-C4" son de origen común; y que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar señaló que las patologías "otras degeneraciones del disco cervical" eran de origen común.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

La **A.R.L. COLMENA** (fls. 78 a 90), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, carencia de derecho, pago, y la genérica.

Aceptó la ocurrencia del accidente de trabajo del 23 de diciembre de 2008, pero negó que la hernia discal de C5-C6 y C4-C5, así como la protusión C3-C4 fuesen consecuencia del siniestro aludido; aceptó las recomendaciones del 12 de febrero 2009 para que el actor no realizara movimientos repetitivos de flexo extensión y rotación de columna cervical.

Expuso que en el caso del accionante se estableció que durante el desarrollo de su labor en Drummond Ltd. no ha estado expuesto a factores de riesgo que permitan configurar una relación de causalidad entre la patología de discopatía cervical:

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

hernia discal en C5-C6, C4-C5, mínima protusión, y su trabajo como Operario de Buldócer; y que lo anterior, por cuanto: i) evaluado el puesto de trabajo y de acuerdo con las revisiones de ortopedia, se estableció que el segmento cervical en la labor desempeñada se encuentra ampliamente protegido de la lesión discal degenerativa postural, y que los movimientos de rotación de columna cervical no tienen asocio con discartrosis porque para ello se requiere un mecanismo de flexión y/o extensión por encima de 30°, ii) los análisis biomecánicos y de determinación de la carga física efectuados en el puesto de trabajo del actor, permitieron establecer que la carga física global está clasificada como leve y que la mayoría de los equipos poseen vibraciones dentro del nivel de acción, iii) la postura sedente no es biomecánicamente capaz de generar lesión, iv) La discopatía cervical con hernias C3-C4, C4-C5, C5-C6 y cambios degenerativos en las facetas articulares, evidenciada en la resonancia nuclear magnética de columna cervical de 09 de enero de 2009, que por las características crónicas, degenerativas y multinivel con compromiso de cuatro vértebras cervicales, así como por su mecanismo fisiopatológico de aparición, no se relaciona de forma causal directa con el evento traumático agudo ocurrido al actor, y v) existen otros factores determinantes de la discopatía degenerativa cervical como movimientos o posturas repetidas en flexión hacia adelante, predisposición genética, obesidad, falta de ejercicio físico.

Por su parte, **MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, JAIRO TELLEZ MOSQUERA, y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** (fls. 170 a 216 y 263 a 282), se opusieron a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominaron legalidad de la calificación emitida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, improcedencia del petitum ante la inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen; carga de la prueba a cargo del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2011-00857 -01

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

contradictor, falta de legitimación por pasiva: inexistencia de obligación e inexistencia de prueba frente al perjuicio que se pretende, falta de requisitos legales para pedir, falta de legitimación por pasiva de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN: improcedencia de las pretensiones- competencia del juez laboral, buena fe, y la genérica.

Aceptó que el 23 de diciembre de 2008 el actor sufrió un accidente de trabajo; que el 09 de enero de 2009 se le realizó resonancia nuclear magnética de columna cervical que demuestra hernia discal y protusión; que el 08 de junio de 2010, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar señaló que la hernia discal C5-C6, C4-C5, y protusión C3-C4 es por accidente de trabajo; y que el 31 de mayo de 2011, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ señaló que la discopatía degenerativa con hernias discales no fue derivada del accidente de trabajo.

Señaló que la Junta es un organismo competente para calificar el origen de contingencias; que para considerar que el siniestro que padeció el accionante es de origen laboral, es necesario que se trate de un suceso repentino, que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que se genere un daño; y que no se cumplen las anteriores condiciones, como quiera que de la resonancia magnética del 09 de enero de 2009 y las restricciones de la A.R.L. se señala que las hernias discales y la protusión son propias de las condiciones degenerativas a nivel articular y ligamentaria.

Agregó que el evento no generó secuelas, ninguno de los exámenes indicó algún signo o lesión de las que sí podrían haberse producido por un traumatismo de este tipo; que las patologías degenerativas son de tracto progresivo; y que la Junta

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

Regional de Calificación de Invalidez pretermitió las instancias legales, pues dicha competencia debió ser ejercida por la A.R.L.

Finalmente, explicó que los órganos competentes para avocar el conocimiento de las controversias en contra de los conceptos emitidos por las entidades de seguridad social integral y para calificar el origen de las contingencias ocurridos a sus afiliados según ha establecido la Ley 100 de 1993, son las juntas nacionales de calificación de invalidez.

JORGE VARGAS ROJAS (fls. 248 a 250), contestó a través de Curador Ad Litem, quién manifestó que se atenía a lo que resultara probado. No propuso excepciones de mérito, y señaló que se debía declarar las que se derivaran del debate y resultaren probadas.

Mediante auto del 29 de septiembre de 2020, se tuvo por NO CONTESTADA LA DEMANDA por parte de **RUBÉN DARÍO MEJÍA ALFARO** (fl.339).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 26 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez son el fundamento técnico y científico para el reconocimiento de prestaciones sociales; que es competencia de las juntas de calificación de invalidez determinar el origen de una patología, su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y su fecha de estructuración; y que los dictámenes pueden ser demandados judicialmente.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2011-00857 -01

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

Concluyó expresando que está acreditado que el actor sufrió un accidente el 23 de diciembre de 2008, mientras estaba conduciendo un camión que se volcó; que por lo anterior, se efectuó una resonancia nuclear magnética que tuvo como resultado que el actor presentaba una discopatía cervical; que A.R.L. COLMENA, señaló que las patologías cervicales del actor no eran producto del accidente de trabajo, posición que también fue asumida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ por tratarse de enfermedades crónicas o degenerativas; y que no existe prueba de la que se logre extraer que el origen de la enfermedad deviniera de la relación laboral, por demás que los honorarios del nuevo dictamen que se decretó no fueron objeto de pago.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar, si es dable dejar sin efectos el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 31 de mayo de 2011, en el que se dispuso que las hernias discales asociados C3/C4, C4/C5 y C5/C6 no se derivaron del accidente de trabajo sufrido por el demandante el 23 de diciembre de 2008.

DE LOS DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Las juntas de calificación de invalidez tienen como función principal calificar la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Asimismo, los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, conforme al artículo 31 del Decreto 2463 de 2001 (vigente al momento de los hechos) *“deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”*.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional ha establecido que los dictámenes que expiden las juntas de calificación deben contener todos los elementos probatorios que sirvan para establecer una relación causal tales como la historia clínica, exámenes médicos periódicos, el cargo desempeñado, actividades, entre otras. En sentencia T-424 de 2007, dijo:

“Los dictámenes que emitan las juntas de calificación, deben contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión. Así pues, el artículo 9° del decreto 2463 de 2001 consagra los fundamentos de hecho y de derecho que debe contener el dictamen con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

invalidéz y la fecha de estructuración de la misma. Así pues, indica que los fundamentos de hechos son todos *"aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio"* y que los fundamentos de derechos son *"todas las normas que se aplican al caso de que se trate"*. (Subrayado fuera de texto)

Del mismo modo, el artículo 10 del Decreto 2463 de 2001, dispone que las instituciones prestadoras de servicios de salud (I.P.S.), las entidades promotoras de salud (E.P.S.) y/o las administradoras de riesgos profesionales hoy administradoras de riesgos laborales (A.R.L.), deben remitir *"los documentos soporte de la calificación, incluida la autorización del trabajador para anexar copia de la historia clínica y en general adelantar los trámites necesarios para facilitar la calificación y el reembolso de las cuentas"*. Igualmente, en el parágrafo 1° del aludido artículo 10 del Decreto 2463 de 2001, se contempla que también es obligación de los empleadores, suministrar la información requerida para la calificación, tanto por solicitud de las entidades administradoras competentes, como aquellas que puedan ser requeridas por las juntas de calificación de invalidéz.

Así mismo, a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidéz les corresponde actuar en primera instancia cuando se solicite la calificación de la invalidéz, para el pago de prestaciones asistenciales y/o económicas por parte de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y entidades de previsión social o entidades que asuman el pago de prestaciones. Por su parte, el artículo 14 del Decreto 2463 de 2001 señala que deben *"emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos y/o laborales; ordenar la presentación personal del afiliado, del pensionado por invalidéz o del aspirante*

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

a beneficiario por discapacidad o invalidez, para la evaluación correspondiente o delegar en uno de sus miembros la práctica de la evaluación o examen físico, cuando sea necesario; solicitar a las entidades promotoras de salud, a las administradoras de riesgos profesionales y a las administradoras de fondos de pensiones vinculados con el caso objeto de estudio, así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de los servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario, los antecedentes e informes que consideren necesarios para la adecuada calificación". (Subrayado fuera de texto)

Igualmente son funciones de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, calificar en segunda instancia el estado de invalidez cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra los dictámenes emitidos por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez (numeral 6 del artículo 3° y 13 del Decreto 2463 de 2001).

Por su parte, el artículo 25 del Decreto 2463 de 2001 dispone que la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral debe contener, entre otros documentos, la historia clínica o resumen de la misma, en donde conste los antecedentes y diagnóstico definitivo; y los exámenes clínicos, las evaluaciones técnicas, los exámenes complementarios que ayuden a determinar el estado de salud del posible beneficiario y la certificación sobre el proceso de rehabilitación integral o sobre la improcedencia de la misma.

En ese sentido, los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez corresponden a un concepto técnico y científico sobre la valoración completa del estado de salud de una persona, para lo cual se utilizan estándares de razonabilidad e integralidad, a través del cual, se evalúa el daño sufrido y las

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

consecuencias que emanan del mismo, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13545-2014:

“Aunque las pensiones por invalidez originadas en el trabajo eran concedidas provisionalmente por el término de dos años, luego de los cuales tenían el carácter de definitivas, estaban sujetas a revisión si se consideraba que habían cambiado las condiciones en su otorgamiento. Tal situación es lo esperable, si se comprende que el objetivo del aseguramiento a través de cualquiera de los sistemas de protección de los riesgos, debe contribuir al mejoramiento integral de los individuos y que el déficit en el sistema de los seguros sociales, en punto a la declaratoria de la invalidez, también se ha originado en el abandono de aspectos tan necesarios como la reeducación profesional del inválido o su reclasificación en el mercado del trabajo, que era lo que se propugnaba desde el inicio de la legislación, solo que sin mayor aplicación.

Al cotejar el anterior esquema con el insertado por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, lo que se advierte es que **se mantuvo un carácter técnico científico sobre la valoración completa del estado de salud, incluso bajo mayores estándares de razonabilidad se sujetó al dictamen a un concepto de integralidad**, en el que se tuviere en cuenta i) la voluntad, esto es si existe en el individuo la posibilidad de gobernar, escoger o motivar, ii) la habituación que organiza los hábitos y las rutinas y iii) la ejecución a partir del cual se estudian las estructuras utilizadas para producir el desempleo ocupacional.

El artículo 2 del Decreto 917 de 1999, que corresponde al Manual Único de Calificación, considera inválido a quien hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral, y define como incapacidad permanente parcial la que se encuentra entre el 5 y el 50%. En contravía a lo afirmado por el Tribunal, en esta nueva concepción de la evaluación también se ponderan las habilidades, destrezas, aptitudes, potencialidades de orden físico, mental y social e incluso para la definición de la fecha de la estructuración de invalidez, debe contar las Juntas de Calificación con los insumos necesarios, como historias clínicas, exámenes y demás.

Allí se incorporan los criterios de **deficiencia** como *«toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano»*; **discapacidad** *toda restricción o ausencia de la*

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona»; y minusvalía como «toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno». La anterior reseña es indispensable para concluir la equivocación del Tribunal al restarle eficacia al dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez, fundado en que la actual medición es cuantitativa y no cualitativa, pues como se anotó en ambos modelos la evaluación del daño sufrido por el accidente de trabajo y las consecuencias que del mismo emanan, se nutren de diversos componentes».

Por otra parte, no sobra recordar que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, según el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001 deben ser *“dirimidas por la justicia ordinaria laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente”*. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 19 de octubre de 2006, Rad. 29622, y SL5280-2018, dispuso:

“Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables (...)

De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo (...)

Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías.”.

Ahora bien, y en cuanto a la valoración de diferentes dictámenes que se allegan a un proceso, la misma corporación en sentencia SL2349-2021, dijo:

“Al definir un asunto en el que se opongan diferentes conceptos científicos sobre el estado de salud de una persona, los jueces pueden soportar su decisión en el que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL-4346-2020 la Sala asentó:

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, el estado de invalidez se determina, en primera oportunidad, por las entidades de seguridad social y las juntas de calificación de invalidez, conforme al manual único para la calificación vigente al momento de su práctica -decretos 917 de 1999 o 1507 de 2014, según el caso (...).

Aunque la Corte ha admitido la relevancia de los dictámenes que expiden las juntas de calificación de invalidez por tratarse de conceptos técnicos y científicos emanados de órganos autorizados por el legislador, lo cierto es que estos constituyen un medio de prueba y, como tal, deben someterse a la valoración del juzgador bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL3090-2014, CSJ SL9184-2016, CSJ SL697-2019, CSJ SL3380-2019, CSJ SL 3992-2019 y CSJ SL5601-2019). En esa medida, el juez no puede simplemente ignorar las circunstancias que rodean el caso, la conducta procesal y los demás elementos probatorios adosados, pues todos, en conjunto, permiten determinar el momento en el que se produce, de manera definitiva, la disminución de la capacidad laboral de la persona”. (Negritas por la Sala).

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

En similar sentido en sentencia SL3992-2019, indicó:

“Para esos fines, el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Específicamente, en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de tal evento, la Corte ha sostenido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria.” (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Carlos Emilio Hernández se encuentra afiliado a A.R.L. COLMENA a través de Drummond Ltd. desde el 01 de enero de 2007 (fls.93 y 95 a 97).
- ii) El 23 de diciembre de 2008, cuando el actor se encontraba manejando un camión al servicio del empleador este se volcó, lo que produjo que se golpeará en el área cervical, y el evento fue catalogado como accidente de trabajo (fls.19 y 20).
- iii) El demandante tuvo incapacidades derivadas de dicho evento entre el 26 de diciembre de 2008 y el 10 de febrero de 2009 (fls. 98 a 100).
- iv) El 22 de enero de 2009, A.R.L. COLMENA señaló que las patologías hernia discal de C5-C6, hernia discal de C4-C5, y protusión C3-C4, no guardan relación con el accidente de trabajo reportado por Drummond Ltd. (fls. 24 y 25).
- v) El 12 de febrero de 2009 se recomendó al trabajador, por parte de la A.R.L. COLMENA que no realizara

movimientos repetitivos de flexo extensión y rotación de columna cervical (fls.22 y 23).

- vi) En informe del 21 de septiembre de 2009 de A.R.L. COLMENA, se establece que el actor ha estado expuesto a movimiento repetitivo de cuello (fls. 143 y 144).
- vii) En la descripción, análisis, y evaluación del puesto de trabajo y la carga física del año 2009, se determinó que los operadores de buldócer se encuentran expuestos a niveles de ruido por encima de los valores límites permisibles; que el elemento entregado por la empresa para protección personal es el tapón de inserción de espuma, con lo que el riesgo se reduce a bajo; entre otros hallazgos descritos en el infirme (fls. 3 a 18).
- viii) En análisis de puesto de trabajo del actor, realizado por Fisioterapeuta- Especialista en Ergonomía, se establece que el trabajo implica 11 horas y 15 minutos de postura sedente con exposición a vibración, que la operación del equipo implica posturas en rangos de confort, que sus posturas podría generar un daño en el músculo esquelético, y que el trabajo implica la manipulación de mandos y palancas (fls. 131 a 142).
- ix) El 07 de enero de 2010, A.R.L. COLMENA solicitó la calificación por parte de la Junta regional e Calificación de Invalidez (fls. 106 a 122).
- x) El 08 de junio de 2010, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar y la Guajira calificó las patologías del actor, señalando que eran de origen laboral (fls. 26 a 28).
- xi) El 09 de julio de 2010, A.R.L. COLMENA impugnó el dictamen ante la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (fls. 126 a 129).

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

- xii) El 31 de mayo de 2011, se calificaron las patologías del actor, por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, quien estableció que la discopatía cervical con hernias en C3/C4, C4/C5, y C5/C6, y cambios degenerativos en las facetas articulares, tienen características crónicas, degenerativas y multinivel con compromiso de cuatro vertebrales cervicales, por su mecanismo de fisiopatológico de aparición; y que la patología no se relaciona de forma causal con un evento traumático agudo como el accidente de trabajo (fls. 61 a 65).
- xiii) El 26 de junio de 2012, A.R.L. COLMENA certificó el **pago por concepto de incapacidades temporales e incapacidad permanente parcial por valor de \$44'705.202** (fls.91 y 92).

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, a la Sala no le queda más que concluir que, las enfermedades que pretende el actor se tengan en cuenta como de origen profesional esto es hernia discal de C5-C6, hernia discal de C4-C5, y protusión C3-C4, son en realidad de origen común, pues en el plenario no existe prueba alguna de que ellas hayan acontecido con causa o con ocasión del trabajo, supuesto *sine qua non* para asignar un origen de tipo profesional a las mismas. Es claro que no se logró acreditar un nexo causal entre el accidente de trabajo que sufrió el demandante en diciembre de 2008 y las patologías que empezó a padecer tiempo después del presunto accidente, advirtiéndose que de manera alguna se probó que el mismo, se hubiese dado en el marco de una relación de trabajo.

En efecto, la parte actora no desplegó actividad probatoria alguna que estuviera encaminada a demostrar que las patologías que le fueron diagnosticadas tuvieran como origen el accidente de trabajo que sufrió el 23 de diciembre de 2008, por el contrario,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2011-00857 -01

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, organismo competente para dictaminar el origen de las patologías que padece una persona, es contundente en señalar en el dictamen del 31 de mayo de 2011, que la discopatía cervical con hernias en C3/C4, C4/C5, y C5/C6, y cambios degenerativos en las facetas articulares, tienen características crónicas, degenerativas y multinivel con compromiso de cuatro vértebras cervicales, por su mecanismo de fisiopatológico de aparición; y que la patología no se relaciona de forma causal con un evento traumático agudo como el accidente de trabajo; lo que es coincidente con la objeción realizada por parte de A.R.L. COLMENA, quien el 22 de enero de 2009 señaló que las patologías aludidas no tenían su origen en el accidente de trabajo.

Por otra parte, y en relación con la posibilidad de que la discopatía cervical con hernias en C3/C4, C4/C5, y C5/C6, y cambios degenerativos en las facetas articulares, sean enfermedades de origen laboral, se observa que en informe del 21 de septiembre de 2009 de A.R.L. COLMENA estableció que el actor ha estado expuesto a un movimiento repetitivo de cuello; y de la descripción, análisis, y evaluación del puesto de trabajo y la carga física del año 2009, se determinó que los operadores de buldócer en el desarrollo de sus funciones, si bien estaban expuestos a niveles de ruido, vibraciones, y de materiales en el aire (material particulado, polvo, sílice) también se encuentra que contaban con los elementos de protección para reducir tales riesgos, tales como tapones de inserción de espuma en oídos y mascarillas.

De igual manera, se reitera, el 31 de mayo de 2011, se calificaron las patologías del actor por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, entidad que estableció que la discopatía cervical con hernias en C3/C4, C4/C5, y C5/C6, y cambios degenerativos en las facetas

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

articulares, tienen características crónicas, degenerativas y multinivel con compromiso de cuatro vértebras cervicales, por su mecanismo de fisiopatológico de aparición; decisión que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ fundamentó en el Decreto 917 de 1999, Manual Único de Calificación de Invalidez.

Por tanto, es claro que el accionante si bien está ejerciendo una actividad que le generaba un riesgo por exposición a materiales, ruido y vibraciones, no existe una prueba contundente de la que se pueda establecer que sus patologías tienen origen en su labor, *contrario sensu*, al plenario se allegó prueba de que el empleador utilizaba mecanismos de protección de disminuir los riesgos a los que estaba expuesto, y que sus patologías tenían un origen, especialmente, en factores crónicos y degenerativos.

En tales condiciones, no encuentra la Sala elementos probatorios para concluir que las patologías del accionante deban ser calificadas como de origen laboral, en realidad se encuentra que frente al punto existe orfandad probatoria, pues pese a que se decretó la práctica de un nuevo dictamen este nunca se llevó a cabo pues en audiencia pública del 26 de noviembre de 2020 se declaró precluida la oportunidad para que se lograra la práctica de un nuevo dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, sin que la parte actora hubiera impugnado tal decisión.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2011-00857 -01

Demandante: **CARLOS EMILIO HERNÁNDEZ RUEDA.**

Demandado: **JAIRO TELLEZ MOSQUERA, JORGE VARGAS ROJAS, MARGOTH ROJAS RODRÍGUEZ, RUBEN DARÍO MEJÍA ALFARO, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y A.R.L. COLMENA.**

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

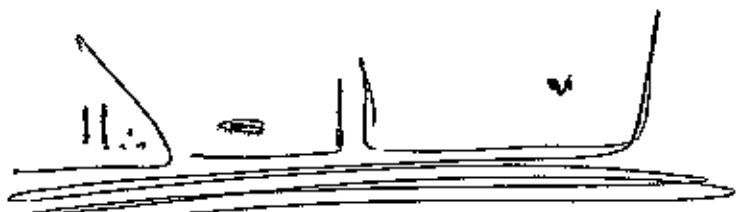
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA VIRGINIA LEAL DE BENÍTEZ** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición, a partir del 01 de enero de 2015. Igualmente, solicita intereses moratorios, e indexación.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: 1) Nació el 27 de mayo de 1956; 2) Cotizó 1151,42 semanas, de las cuales 885,32 semanas fueron aportadas al 29 de julio de 2005, y 1005 semanas se aportaron al 31 de diciembre de 2014; 3) Laboró con Inma-Bol Ltda. desde el 08 de febrero de 1993, empleador que incurrió en mora de aportes a pensión entre marzo de 1994 y julio de 1995; 4) Inma- Bol Ltda. el 13 de julio de 1995 fue admitida en concordato preventivo obligatorio; 5) El 26 de marzo de 1999, la Superintendencia de Sociedades graduó los créditos de Inma- Bol Ltda., señalando a favor del I.S.S., los aportes de marzo de 1994 a julio de 1995, dejados de realizar a su favor; lo que fue aceptado mediante Acta 440-014663 del 04 de septiembre de 2003; 6) El 17 de abril de 2008, la Fiduciaria GNB Sudameris S.A. en calidad de vocera del P.A.R. Inmabol, informó que se encontraba a su favor un pago por valor de \$10'969.099, y solicitó la corrección de su historia laboral; 7) COLPENSIONES mediante oficio del 30 de junio de 2014 informó que la historia laboral se encontraba actualizada; 8) El 28 de noviembre de 2014 solicitó su pensión de vejez, no obstante, fue negada mediante Resolución GNR 9907 de 2015 porque tan sólo contaba con 906 semanas; 9) El 10 de marzo de 2015 interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación; 10) COLPENSIONES resolvió los recursos mediante las Resoluciones GNR 376091 de 2015 y VPB 19185 de 2016, confirmando el acto administrativo inicial; y 11) El 01 de agosto de 2017 elevó reclamación administrativa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

2.1. COLPENSIONES (fls. 134 a 152), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de indexación e intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Aceptó que el 28 de noviembre de 2014 fue solicitada pensión de vejez; que le fue negado el reconocimiento prestacional mediante Resolución GNR 9907 de 2015; que la demandante interpuso los recursos de reposición y de apelación el 10 de marzo de 2015; que a través de las Resoluciones GNR 376091 de 2015 y VPB 19185 de 2016 se negaron las prestaciones; y que el 01 de agosto de 2017 se elevó reclamación administrativa.

En su defensa expuso, que el tiempo de cotización que se adeuda es consecuencia de la liquidación del empleador de la accionante, Inma-Bol Ltda., quien incurrió en mora patronal referente al pago de cotizaciones en pensión, motivo por el que el 26 de noviembre de 2006 le comunicó a Fiduciaria GNB Sudameris S.A. que se había cambiado el sistema de facturación al sistema de autoliquidación, en el que se debía indicar los trabajadores, salarios, y el aporte liquidado para determinar con exactitud los pagos cancelados a través del proceso concursal.

Finalmente indicó, que, en los respectivos autos de la Superintendencia de Sociedades, si bien se informa que la actora es una acreedora en crédito de primera clase, no se discrimina si se adeuda la cotización, el monto, los extremos temporales de la deuda patronal, factores salariales, y demás circunstancias relevantes que deben ser atendidas para subsanar la mora; que al estar actualmente Inma- Bol Ltda. liquidado, el crédito es incobrable, por lo que no hay forma de realizar el cobro coactivo,

ni de contabilizar las semanas adeudadas; y que brilla por su ausencia soporte de pago de los periodos adeudados.

2.2. LITISCONSORCIO NECESARIO.

En audiencia del 12 de septiembre de 2018, se dispuso tener como litisconsorte necesario a **FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A.** (fls.292 a 297), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó ilegitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de vínculo contractual con el demandante y el demandado, y cumplimiento de las obligaciones contractuales de la fiduciaria.

Adujo que no ha tenido ningún tipo de relación laboral con la demandante; que el P.A.R. Inmabol no se constituyó para liquidar ni administrar los recursos de Inma-Bol Ltda., sino solamente para cancelar las obligaciones garantizadas con el patrimonio autónomo, previo las correspondientes instrucciones de la liquidadora del fideicomitente; y que el pago de acreencias laborales y pensionales se logró gracias a la venta del inmueble de Inma- Bol Ltda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de octubre de 2020, en la que dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante pensión de vejez, conforme a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, a partir de febrero de 2016, en cuantía igual al salario mínimo legal vigente para cada anualidad, junto con reajustes legales y mesada adicional.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante retroactivo pensional causado entre el 01 de mayo de 2016 y el 31 de octubre de

2020, en suma de \$44'495.100, autorizándola a descontar de este los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud en la proporción correspondiente.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional, a partir del 01 de mayo de 2016 y hasta la fecha en que se efectuó el reconocimiento y pago del mismo acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR PROBADA la excepción de legitimidad en la causa por pasiva propuesta por la fiduciaria SERVITRUS GNB SUDAMERIS, absolviéndola de las pretensiones invocadas en su contra.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES, dado que no enervaron las pretensiones.

SÉPTIMO CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES, por haber sido vencida en juicio. En oportunidad se tasarán.

En síntesis, el A Quo refirió que está acreditado que la accionante, en principio, es beneficiaria del régimen de transición, ya que, al 01 de abril de 1994 contaba con 37 años; que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la actora contaba con 813 semanas, por lo que se le hizo extensivo su régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014; y que de las semanas obrantes en la historia laboral se constaba que la demandante no contaba con 1000 semanas al 31 de diciembre de 2014, ni con 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

Explicó que pese a lo anterior, en juicio se demostró que el empleador Inma-Bol Ltda., desde que entró en concordato, admitió la relación laboral con la demandante, y que se adeudaban los aportes de marzo de 1994 a julio de 1995; que aunado a lo anterior, existen documentales de las que se logra desprender que la relación entre la actora e Inma-Bol Ltda. se extendió hasta el 14 de julio de 2015; y que por lo anterior, le corresponde a COLPENSIONES computar tales tiempos en la historia laboral, pues el empleador Inma-Bol Ltda. incurrió en mora, y estos tiempos debieron ser objeto de cobro coactivo, por demás que el hecho de que una empresa entre en situación de concordato no la eximía de cumplir con la obligación de pagar la totalidad de aportes a pensión de sus trabajadores.

Indicó que con los aportes de marzo de 1994 a julio de 1995, se tiene que la actora acredita 1004 semanas al 31 de diciembre de 2014, por lo que cumple el requisito de 1000 semanas establecido en el Acuerdo 049 de 1990; y que el I.B.L. se debe calcular con el promedio de los últimos diez años de cotización, el que arroja una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente, por lo que se impondrá como mesada pensional, este valor.

En último término, señaló que hay lugar a intereses moratorios, dado que estos son de carácter resarcitorio y no sancionatorio; que dichos intereses se deben pagar desde el 01 de mayo de 2016 hasta que se efectúe el pago efectivo del mismo; que existe prueba del pago de FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A. de las obligaciones pensionales del empleador Inma- Bol Ltda; y que no operó excepción de prescripción dado que se reconoce la pensión desde el 01 de mayo de 2016 y se demandó el 09 de noviembre de 2017, esto es, antes de que transcurriera el término de tres años.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de **consulta**.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

Conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **el problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable contabilizar los tiempos laborados por la demandante para Inma- Bol Ltda. entre marzo de 1994 y julio de 2015, y de esta manera efectuar el reconocimiento pensional de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990.

De la pensión de vejez según el Acuerdo 049 de 1.990

El régimen de transición pensional es un mecanismo de protección de expectativas pensionales que consiste en que las reglas legales del régimen actual se combinan con algunas reglas del régimen anterior.

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quiénes son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijó los criterios del siguiente modo: son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).

Ahora bien, para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “al entrar en vigencia el sistema”, es decir, por regla general el 01 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigencia del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993, limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014. Sobre el tópico, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en pacífica jurisprudencia tiene sentando que:

“El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, limitó la vigencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de julio de 2010, pero, en aras de salvaguardar las expectativas de la personas cercanas a causar una pensión por virtud de esa transición, extendió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014 siempre que al 29 de julio de 2005, contaran al menos con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios. Puntalmente la norma establece:

Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

De lo anterior deriva, que quienes no causaran el derecho pensional antes de 31 de julio de 2010 se acogerían al nuevo sistema general de pensiones, a menos que cumplieran las condiciones exigidas para la prórroga de la transición” (sentencia SL1466-2021).

Por otra parte, la misma Corporación ha señalado respecto a la mora patronal, y su efecto en el reconocimiento de las

prestaciones económicas, que ello no puede afectar al afiliado y beneficiarios, encontrándose la entidad administradora obligada a ejercer oportunamente las acciones de cobro en contra de los morosos so pena de proceder al reconocimiento de la prestación; sobre ese particular, en sentencia CSJ SL234-2020, la Corte reiteró:

“Deber de cobro de las administradoras de los aportes en mora

En este tópic, debe señalarse que la Corte de forma pacífica y reiterada ha señalado que las administradoras de fondo de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable.

En torno a ese tema, la jurisprudencia de esta Sala en sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270, arguyó que cuando el empleador omite su deber de pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y ello impide que los afiliados accedan a las prestaciones legales, si la administradora no cumplió con las gestiones de cobro respectivas ante el empleador, debe asumir el reconocimiento de la prestación. Criterio que ha sido reiterado pacíficamente, entre otras, en sentencias CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 45173, CSJ SL907-2013, CSJ SL 5429-2014, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 6469-2016 y CSJ SL 4952-2016”.

Así mismo, en relación con las empresas en concordato dijo la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, el 30 de septiembre de 2002, Rad.18586, que la admisión del proceso de concordato a un empleador, no absuelve a las entidades de seguridad social de pagar prestaciones a su cargo por tener créditos insolutos a cargo”

“Pues bien, sobre este punto se tiene que en los términos del artículo 104 parágrafo de la Ley 222 de 1995, cuando el empleador es admitido o convocado a concordato o acuerdo de recuperación de sus negocios como deudor, las entidades de seguridad social no podrán suspender sus prestaciones a los trabajadores por causa de tener créditos insolutos a cargo de aquel¹”

¹ ART 104. PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS. Las personas o sociedades que presten servicios públicos domiciliarios o industriales al deudor, admitido o convocado a concordato, no podrán suspender la prestación de aquellos por causa de tener créditos insolutos a su favor. Si la prestación estuviere suspendida, estarán obligados reestablecerla, so pena de responder por los perjuicios que ocasionen. El valor de los nuevos servicios que se presten a partir de la apertura del concordato, se pagarán como obligaciones postconcordatorias. PARÁGRAFO. Igual regulación se aplicará a las entidades de previsión social en relación con las obligaciones que tengan con trabajadores del deudor.

Finalmente, es necesario rememorar que para que una deuda pensional se tenga como incobrable o irrecuperable es necesario que la entidad de seguridad social hubiera efectuado las correspondientes gestiones de cobro. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1847-2021, señaló:

"En todo caso, no sobra advertir, que para que se clasifique una deuda como *«incobrable o irrecuperable»*, en los términos del art. 75 del Decreto 2665 de 1988, es menester que se cumpla el trámite de que trata el art. 73 *ibídem*, es decir, resulta necesario que la administradora de pensiones lleve a cabo la gestión de cobro, lo cual no ha efectuado (CSJ SL, 19 may. 2009, rad. 35777)".

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente se encuentra la siguiente documental de relevancia:

- i) El registro civil de nacimiento de María Virginia Leal de Benítez el 27 de mayo de 1956 (fl. 3).
- ii) El ingreso de la actora a Inma- Bol Ltda. el 08 de febrero de 1993, según certificación del 13 de julio de 1993 y relación de trabajadores al 31 de mayo de 1995 (fls. 4 y 5).
- iii) Que mediante Auto 410-2773 del 13 de julio de 1995, la Superintendencia de Sociedades admitió a la empresa Inma- Bol Ltda. en concordato preventivo obligatorio (fls. 6 a 18).
- iv) La celebración de contrato de fiducia mercantil con Fiduciaria Tequendama S.A. (hoy FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A.) el 6 de marzo de 1995, para el reconocimiento y pago de los valores que fuera aprobado por acta de adjudicación por parte de la Superintendencia de Sociedades (fls. 186 a 196).
- v) Que el empleador Inma- Bol Ltda adeudaba a la actora cesantías a diciembre de 1994, así como las

prestaciones sociales que se debían al 14 de julio de 1995 (medio óptico de folio 136).

- vi) A través de Autos 410-4299 del 09 de julio de 1997 y 440-3955 del 29 de marzo de 1999, la Superintendencia de Sociedades dispuso tener por reconocidos y admitidos los créditos de la empresa Inma- Bol Ltda., entre los que se encuentra los de la accionante (fls. 20 a 86).
- vii) Según Auto 440-014663 del 04 de septiembre de 2003, la Superintendencia de Sociedades aprobó el acta de adjudicación de bienes presentado por la liquidadora de la sociedad Inma- Bol Ltda. (fls. 84 a 88).
- viii) El 05 de enero de 2004 se comunicó a Fiduciaria Tequendama S.A. la aprobación del acta de adjudicación del proyecto de cesión de bienes presentado dentro del proceso concursal de Inma- Bol Ltda. (fls. 232 a 252).
- ix) El 01 de junio de 2012, se comunicó al I.S.S. el pago de los valores por concepto de aportes a pensión aprobados en el acta de adjudicación, adjuntándose las correspondientes planillas de autoliquidación, en donde aparece que a la actora que se adeudaban los periodos del 01 de febrero al 14 de julio de 1995 (fls. 253 a 259).
- x) Que el 28 de noviembre de 2014, la actora solicitó pensión de vejez, no obstante, fue negada mediante Resolución GNR 9907 de 2015, por no acreditarse los requisitos para acceder a una pensión de Ley 797 de 2003 (fls. 93 y 94), decisión confirmada a través de las Resoluciones GNR 376091 de 2015 y VPB 19185 de 2016 (fls. 101 a 108).
- xi) El 01 de agosto de 2017, la accionante elevó nueva reclamación administrativa solicitando pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición (fl.109).

- xii) Conforme a la historia laboral del 13 de abril de 2018, la actora acredita 1091,57 semanas en toda su vida laboral (medio óptico de folio 136).

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que, conforme al estudio integral del certificado laboral, la relación de trabajadores al 31 de mayo de 1995, las certificaciones de Inma- Bol Ltda. en las que se hace alusión al valor que se adeuda por concepto de cesantías a diciembre de 2014 y de prestaciones sociales al 14 de julio de 1995, las autoliquidaciones de pago de febrero a julio de 1995, y la historia laboral del 13 de abril de 2018, en la que se establece en el periodo de marzo a diciembre de 2014, la siguiente observación “periodo en mora por parte del empleador”, que es dable extraer que la accionante laboró para Inma- Bol Ltda. del 08 de febrero de 1993 al 14 de julio de 1995.

Por tanto, y dado que se encuentra acreditado la existencia de un vínculo laboral del 08 de febrero de 1993 al 14 de julio de 1995, le correspondía a su empleador, Inma-Bol Ltda, efectuar sus aportes al existir afiliación al sistema integral de seguridad social pensional por parte del aludido empleador desde febrero de 1993, así como era obligación de COLPENSIOENS adelantar las correspondientes acciones de cobro al presentarse mora patronal, por lo que, se tendrán en cuenta los tiempos reseñados para efectos de verificar si se cumplen con los requisitos para acceder a una pensión del régimen de transición.

De esta manera, procede la Sala a verificar si la accionante es beneficiaria del citado régimen de transición, frente a lo que se encuentra que para el 01 de abril de 1994, contaba con 37 años, 10 meses, y 5 días, por lo que, en principio es beneficiaria de tal régimen.

Ahora bien, y toda vez que el Acto Legislativo 01 de 2005 modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993

limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014, se encuentra que la accionante cumplió con dicha exigencia, pues para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con 813,04 semanas, sin tener en cuenta los tiempos en mora.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a verificar si la accionante al 31 de diciembre de 2014, acredita los requisitos para acceder a una pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, normatividad que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

De esta manera, se observa que la accionante acreditó la edad de 55 años el 27 de mayo de 2011, pues nació el mismo día y mes de 1956; y acreditó 1000 semanas, como quiera que con los tiempos laborados en Inma-Bol Ltda alcanza un total de **1004,46 semanas.**

Así las cosas, la accionante tiene derecho el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, se procederá a verificar si es acertada la fecha de reconocimiento.

6.1. Fecha de reconocimiento y valor de la mesada.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada

reunidos los requisitos mínimos; que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma; y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo:

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias **SL6159-2016** y **SL5515-2016**). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. **35605**, y más recientemente en la **SL4073-2020**, ha considerado algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional. Así lo dijo, en la aludida sentencia **SL4073-2020**:

"Sobre la figura de la desafiliación, esta Sala ha considerado que aquella acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender. En esa medida, sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala ha adocinado que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada. Así se adocinó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:

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

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

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

En sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación precisó que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, «admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

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

Descendiendo al caso, tenemos que según la historia laboral del 13 de abril de 2018, la demandante siguió cotizando, no obstante, tal situación estuvo supeditada por una inducción al error por parte de COLPENSIONES, ante su negativa de efectuar el reconocimiento prestacional, quien desde el 19 de enero de 2015 a través de la Resolución GNR 9907 del 19 de enero de 2015, señaló la carencia de semanas para el reconocimiento prestacional, pese a que contaba con documental suficiente para determinar la existencia de la relación laboral de la actora con Inma-Bol Ltda, especialmente las autoliquidaciones que le fueron pagadas por parte de la FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A., y que ni siquiera tuvo en cuenta para corregir la historia laboral.

En tales condiciones, y dado que, para la fecha de la solicitud pensional, esto es, 28 de noviembre de 2014, la actora contaba con más de 55 años, y estaba próxima a cumplir con 1000 semanas de cotización, considera la Sala que la prestación se debió reconocer desde el 01 de enero de 2015, no obstante, y dado que la A Quo determinó que se debía pagar desde el 01 de mayo de 2016, que tal decisión no fue apelada por la activa y que además se surte la consulta en favor de la entidad de pensiones,

tal condena quedará incólume, así como el valor de la mesada pensional encontrada por el A Quo, que corresponde al salario mínimo mensual legal vigente.

6.2. De la prescripción .

En el caso objeto de estudio, encontramos que al reconocerse la prestación desde el 01 de mayo de 2016, y demandarse el 09 de noviembre de 2017 (fl.125), ha de concluirse que no transcurrió el término de tres años de que trata el Art. 151 del C.P.T. y de la S.S., por lo que no se configuró el fenómeno prescriptivo.

6.3. Del valor del retroactivo.

Teniendo en cuenta que la A Quo calculó el retroactivo al 31 de octubre de 2020, tenemos que se adeudaría la siguiente suma por concepto de mesadas pensionales, según las operaciones aritméticas de rigor que se detallan a continuación:

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	MESADAS	TOTAL
2016	\$ 589.455,00	9	\$ 6.205.095,00
2017	\$ 737.717,00	13	\$ 9.590.321,00
2018	\$ 781.242,00	13	\$ 10.156.146,00
2019	\$ 828.116,00	13	\$ 10.765.508,00
2020	\$ 877.803,00	10	\$ 8.778.030,00
TOTAL			\$ 45.495.100,00

De esta manera, y dado que el valor resultante en esta instancia es de \$45'495.100, esto es, un valor superior al establecido por la A Quo, **\$44'495.100**, la Sala mantendrá este último en virtud de la consulta que se surte en favor de la entidad de pensiones.

6.4. De los intereses moratorios e indexación.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir

cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme lo dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición.

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el sub examine, la Sala no encuentra razones atendibles para que COLPENSIONES se hubiera abstenido de reconocer la pensión de vejez, por el contrario se denota que pese a que se realizó un pago a su favor de los aportes adeudados por parte de la FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A., a nombre del empleador Inma-Bol Ltda., no actualizó la historia laboral de la demandada, por demás que tampoco inició ninguna acción de cobro tendiente a lograr la captación de la totalidad de los aportes en que dicho empleador hubiere podido incurrir en mora, por lo que en tales condiciones, se considera que hay lugar al pago de los intereses deprecados.

Conforme a lo dicho, y dado que la solicitud de pensión se elevó el 28 de noviembre de 2014, y como a la fecha han pasado más de los cuatro meses que por ley, tiene la entidad para reconocer la prestación se causarían desde el 28 de marzo de 2015, sin embargo, y dado que a la jueza de primera instancia estableció como fecha de reconocimiento de los intereses moratorios el 01 de mayo de 2016, tal condena no se modificará en virtud de la consulta surtida en favor de COLPENSIONES.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

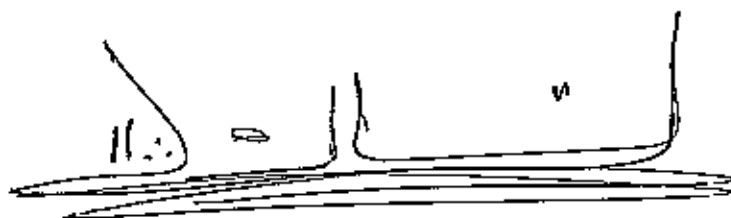
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310501920180043301

Demandante: **NUBIA MARLENE POSADA SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

AUTO

PRIMERO: RECONOCER personería jurídica a la doctora DIANA LUCÍA SAAVEDRA CASTAÑEDA, identificada con C.C. No. 1.026.579.845 y T.P. No. 326.968 del C.S. de la J., como apoderada Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 721 del 23 de julio de 2020.

SEGUNDO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

TERCERO: Reconózcase como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. HENRY DARIO MACHADO GUALDRON, identificado con C.C. No. 77.091.125 y T.P. No. 248.528 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferida.

CUARTO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA

STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **NUBIA MARLENE POSADA SUÁREZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda **se pretende** se declare la “nulidad” de la afiliación efectuada por la demandante a Porvenir S.A. el 24 de octubre de 1996, así como la realizada a Old Mutual Compañía Seguros de Vida S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Old Mutual S.A. – hoy Skandia S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados por la demandante y a esta última a recibirla sin solución de continuidad.

Así mismo, solicita se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el cumplimiento de los requisitos legales, su retroactivo, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 del CPTSS, sumas que solicita se cancelen de manera indexada.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes **hechos**:

1) Nació el 26 de febrero de 1961; 2) Se afilió por primera vez al régimen de prima media (en adelante RPM) administrado por el otrora ISS con anterioridad al 1° de abril de 1994; 3) En octubre de 1996, prestaba sus servicios para la empresa CIBA Geigy Colombiana S.A.; 4) Los asesores comerciales de Porvenir S.A. realizaron reuniones grupales e individuales en la citada empresa; 5) El 24 de octubre de 1996, sin recibir información técnica, transparente y adecuada y por móviles “erróneos”, firmó el formulario de solicitud de vinculación a Porvenir S.A.; 6) Porvenir S.A. no le informó acerca de los riesgos que existían por trasladarse al régimen de

ahorro individual (en adelante RAIS); 7) Su decisión jamás fue espontánea, voluntaria y libre por cuanto “se le ocultó” información vital, por ello tomó esa decisión “bajo engaño”; 8) Ha cotizado al régimen de pensiones más de 1300 semanas en toda su vida laboral; 9) El 3 de abril de 2018 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, sin que su petición haya sido respondida; 10) El 03 de abril de 2018 solicitó a Porvenir S.A. la nulidad de la afiliación, solicitud que fue respondida de manera negativa el 24 del mismo mes y año; 11) El 04 de abril de 2018 solicitó a Old Mutual S.A. la nulidad de la afiliación, petición respondida negativamente el 24 del mismo mes y año.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 71-85) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida y reconocimiento de la pensión de vejez, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Adujo que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por lo tanto no puede regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, ello debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, además, para la conservación del régimen de transición, en los casos de traslado de régimen, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es requisito fundamental acreditar 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994.

Mencionó que, de los hechos de la demanda se concluye que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial, por ello, no se está en presencia de lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Finalmente, adujo que, le compete a la demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados de conformidad con lo expuesto en los

artículos 1516 del Código Civil y 167 del CGP, lo que brilla por su ausencia en este caso.

Por su parte, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes Skandia)**, (fls. 132-188), se opuso a las pretensiones incoadas con la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo de no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Expuso que, si bien la demandante alega la nulidad de la afiliación al RAIS, lo cierto es que no establece cuál es la naturaleza de esta y, en ese orden de ideas, la nulidad por ella pretendida no puede ser otra que una nulidad relativa, pues no se cumplen los supuestos de hecho necesarios para argüir una nulidad absoluta.

Precisó que, en caso de que se aceptara que al momento del traslado la parte demandante fuese objeto de algún tipo de vicio del consentimiento, no puede pasarse por alto que la pretensión de nulidad se encuentra prescrita, en atención a lo señalado en el artículo 1750 del Código Civil.

Adujo que, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a razón de su carácter unificador, cuenta con efecto erga omnes, lo cierto es que las tesis sostenidas por dicha Corporación, únicamente le serán aplicables a aquellos casos análogos, esto es, a aquellos casos que guarden similitud fáctica con los estudiados por la Corte.

Indicó que, si en el debate probatorio del proceso se llegase a demostrar que hubo una falencia informativa por parte del fondo, se hace indispensable señalar que las obligaciones generales y especiales vigentes al momento de realizar el traslado inicial de régimen pensional de la demandante, se encuentran establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de las cuales no se establece el deber de información alegado por la demandante, pues solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, es que las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información, tanto para los afiliados como para el público en general.

PORVENIR S.A. no allegó contestación a la presente acción y por ello se tuvo por **no contestada** la misma, tal y como se indica en el auto de fecha 03 de septiembre de 2019 (fl. 201).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado de la señora Nubia Marlene Posada Suárez identificada con C.C. No. 51.620.402 de Bogotá D.C., del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A., identificada con Nit No. 800.144.331-3 realizado el día 24 de octubre de 1996, posteriormente con la AFP Skandia el 10 de abril de 2014, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

Segundo: Declarar válidamente vinculada a la demandante Nubia Marlene Posada Suárez identificada con C.C. No. 51.620.402 de Bogotá D.C., al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, desde el 02 de marzo de 1981 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Condenar a la demandada AFP Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Old Mutual hoy Skandia S.A. identificada con Nit No. 800.148.514-2 a devolver a la administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Nubia Marlene Posada Suárez identificada con C.C. No. 51.620.402 de Bogotá D.C., como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...)

La *a quo*, indicó que su decisión tenía como premisas normativas los artículos 60 y 61 del CPTSS, los artículos 164, 165 y 167 del CGP, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y como premisas jurisprudenciales, las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como la SL 1452, SL 68852 y la SL 6838 del 2019, así como la SL 54814 y la SL 9418 del 2018.

Aclaró que, si bien la demandante solicita una nulidad con sustento en que los fondos incumplieron con el deber legal de brindarle una información que fuera relevante al momento de su afiliación, la consecuencia jurídica que se deprende es la ineficacia, y por ello se usan las facultades *ultra y extra petita* del artículo 50 del CPTSS y se dará ese

tratamiento al presente caso de cambio de régimen por transgresión al deber de información.

Adujo que en el presente proceso a Porvenir S.A. se le tuvo por no contestada la demanda y conforme a los alegatos de conclusión argumentó que el deber de información se encontraba en manifestarle a la afiliada si se encontraba en algún régimen especial y si se le generaba algún perjuicio, además, que para el año 1996 no era posible mostrarle a la afiliada cuál era su futuro valor pensional, con lo que se deduce que no se cumplió con el deber legal de información acerca de las características de cada uno de los regímenes y las consecuencias del traslado de régimen, y el apoderado de Skandia afirma que la demandante fue negligente al no informarse sobre las condiciones pensionales, además, que para el año 2014 no había exigencia de realizar proyecciones pensionales, pues dicha obligación surgió hasta el año 2015.

Expuso que, frente a dichas manifestaciones, se ratificaba en la legislación y la jurisprudencia antes mencionada, pues al momento del traslado no se le explicaron las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, así como la posibilidad de retorno, lo que significa que, en primer lugar, recibió una falsa información y en segundo lugar no recibió la información sobre las desventajas del traslado de régimen ni de las modalidades y requisitos para obtener su pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó, que en el año de 1996 cuando la demandante se afilió a dicha AFP, se le brindó una información clara, completa y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993, tal y como la misma accionante lo manifestó en su interrogatorio de parte, donde expresó que recibió una charla individual y grupal donde se le brindaron las características de cada régimen y sin tener en cuenta ello en primera instancia se declaró una ineficacia y un dolo que no fue demostrado dentro del proceso.

Adujo que al proceso se allegó el formulario de afiliación, el cual no debe verse como un simple formato, ya que esto nace del cumplimiento de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 114 determina que para un traslado de régimen este debe hacerse por escrito y se debe manifestar que se hace en forma libre y voluntaria y de tal manera lo hizo Porvenir S.A. y por cumplir la ley no puede ser condenada, sin que a ese formato de afiliación se le reste valor cuando la única exigencia al momento del traslado de la accionante era el formulario de afiliación y la asesoría se realizaba en forma

verbal, razón por la cual no debe imponerse carga adicional a la dispuesta en la ley para la fecha del traslado.

Resalta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 y que generó un traslado horizontal a la AFP Skandia en vez de regresar a Colpensiones, lo cual muestra su deseo de pertenecer al RAIS.

OLD MUTUAL S.A.

Expuso que se dio cumplimiento al deber de información y ello se dio de manera cierta, clara y oportuna en lo que concierne al régimen y más específicamente frente al traslado entre administradoras cuando la demandante se afilió a esa AFP.

Adujo que, al momento del traslado de la accionante no estaba vigente el deber de doble asesoría por lo que ello no se le puede exigir a esa entidad al no estar vigente, bastando con la suscripción del formulario de afiliación, como lo hizo la demandante en su momento, decisión que tomó de manera libre y voluntaria tal y como se demostró en el proceso y lo manifestó la demandante en su interrogatorio de parte, en el que dijo que no hubo presión para el traslado y que tuvo la oportunidad de leer el formulario, preguntar y sustraerse de firmar.

Expuso que las características de los regímenes se encuentran en la ley y de encontrarse un error se trataría de un error de derecho, el cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento, además que la demandante realizó cotizaciones voluntarias por más de once millones de pesos (\$11.000.0000) en esa AFP, lo que demuestra que sí conocía las características del régimen, aunado a ello, pudo haber regresado al RPM antes de la prohibición y no lo hizo.

En cuanto a los gastos de administración, enfatizó que esa AFP actuó de buena fe e hizo esos gastos de administración, cuya viabilidad se encuentra establecida y autorizada en la ley, además, que Skandia S.A. realizó el ejercicio profesional mientras la actora estuvo afiliada y eso es gestión profesional.

Finalizó mencionando que la demandante ya contaba con 53 años para el momento del traslado a Skandia S.A.

COLPENSIONES

Argumentó que el fallo de primer grado pasó por alto que para el año de 1996 la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, donde la manifestación libre y espontánea se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual se verifica en este asunto, pues obra

formulario suscrito y firmado por la demandante y allegado por Porvenir S.A., no siendo jurídicamente viable imponer a las administradoras obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el principio de legalidad, debido proceso y confianza legítima que conlleva el ajusta a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Indicó que no se tiene en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero y conforme dicho principio los actos solo tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan de los actos jurídicos solo deben repercutir en las partes involucradas, por lo que Colpensiones no debe ser perjudicada por el contrato celebrado entre la demandante y Porvenir S.A.

Finalmente, dijo que el hecho de que la demandante se vea beneficiada por lo cotizado por otros afiliados resulta contrario al principio de equidad y eficacia pensional y en caso de mantener la sentencia, solicita se ordene a Skandia S.A. a reintegrar a Colpensiones la totalidad de lo recibido sin descontar suma alguna.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 10 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos. Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a

determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha exployado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir,

que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las

distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que

se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De otro lado, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 06/02/1985 (fl. 78); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 24/10/1996 a través de la A.F.P HORIZONTE (hoy Porvenir S.A.) (fl. 61 y 266 vto); **iii)** que posteriormente efectuó traslado entre administradoras del RAIS a Skandía S.A. el 10/04/2014 (fl. 188) y **iv)** que los días 03 y 04 de abril de 2018 (fl. 26 y 62) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folios 61 y 226 (vto) del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 24 de octubre de 1996 con la AFP Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia transcrita in extenso en precedencia así como en posterior decisión¹, según las cuales “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.”

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, los fondos privados demandados tienen la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación, tal como fue argumentado por las demandadas en sus apelaciones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., **incluyendo los gastos de administración**, debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

"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".

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

"De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

En lo que respecta a la ratificación debido a la conducta de la afiliada, uno de los argumentos presentados por **OLD MUTUAL S.A.** en su apelación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS y mucho menos por los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Ahora bien, al sustentar su recurso **Porvenir S.A.** adujo que no se tuvo en cuenta el interrogatorio de parte rendido por la accionante y que demuestra que se le brindó información de las características de cada régimen, para lo cual, la Sala se remite a lo expuesto en dicha diligencia, en la cual, la demandante expuso que:

- En el régimen de ahorro individual se veía una diferencia de la estructura financiera, rea un régimen en auge y hablaban de la deficiencia de Colpensiones, decían que podía desaparecer.

- Decidió trasladarse a Old Mutual S.A. libremente y no leyó el formulario de afiliación.
- Al momento del traslado no sabía que sus aportes generaban rendimientos, ni que podía hacer aportes voluntarios.
- No realizó aportes voluntarios.
- No le explicaron las características de cada régimen ni las conocía.

Lo anterior, no demuestra que la demandante conociera de las características propias del RAIS o del RPM y menos aún desprende confesión que pueda perjudicarla, con lo que no puede decirse que la señora Posada Suárez hubiere recibido la información clara, precisa y veraz.

En cuanto a la vulneración al principio de la relatividad jurídica aducido por **COLPENSIONES** al sustentar su recurso, cuando indica que dicha entidad no debe responder por actos de terceros, ha de mencionarse que esta es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

3.3. *En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”*

Así las cosas, el mentado principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.), el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del

³ Ibidem.

traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

. **PRIMERO.-** **ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A,** a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

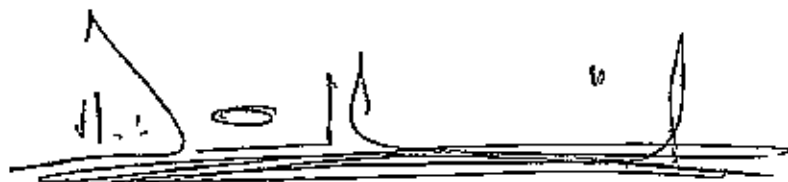
Código Único de Identificación: 11001310501920180043301

Demandante: **NUBIA MARLENE POSADA SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA** promoviese contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR- REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA, y COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. 1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende, de un lado, la declaratoria de un contrato de trabajo realidad con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, - en adelante **I.C.B.F.-** desde el 01 de enero de 1991; y que en consecuencia el I.C.B.F. pague los aportes a pensión del 01 de enero de 1991 al 31 de diciembre de 2014. De otro lado aspira a que se condene a COLPENSIONES a que liquide el correspondiente cálculo actuarial; reconozca pensión de vejez a partir del 27 de junio de 2012, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990; y que pague mesadas adicionales, intereses moratorios o indexación.

1.2. HECHOS

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta: 1) Nació el 22 de mayo de 1957; 2) Labora para el **I.C.B.F.-** Regional Bogotá desde el 01 de enero de 1991, cuidando menores que conforman el hogar comunitario, suministrándoles alimentos, organizando actividades pedagógicas, y estando al tanto de su salud e higiene; 3) Su jornada laboral inicia a las 5:00 A.M. con el alistamiento de la casa y la preparación de alimentos de los menores beneficiarios; 4) Laboraba de manera permanente, personal y subordinada; 5) Desde su ingreso al **I.C.B.F.-** recibía una suma de dinero mensual denominada *beca*; 6) Durante la existencia del vínculo laboral con el **I.C.B.F.-**, no le fueron pagados aportes a pensión; 7) El 17 de febrero de 2017, solicitó el pago de sus aportes a pensión, no obstante, el 30 de junio del mismo año, el demandado respondió de manera negativa; 8) Contaba con 1390,58 semanas al 31 de diciembre de 2014; 9) El 27 de junio de 2012 solicitó el reconocimiento y pago

de una pensión de vejez; 10) COLPENSIONES mediante Resolución GNR 022540 de 2013 negó la prestación pensional; 11) El 05 de abril de 2013 interpuso los recursos de reposición y de apelación contra la Resolución GNR 022540 de 2013, sin embargo, COLPENSIONES a través de las Resoluciones GNR 170334 de 2013 y VPB 21972 de 2012, confirmó el acto administrativo inicial; 12) Solicitó el cobro coactivo al **I.C.B.F.**- no obstante, COLPENSIONES negó la posibilidad de realizar tal cobro, dado que no existía inscripción o afiliación; y 13) Actualmente es responsable del hogar "Los Payasitos" perteneciente a la Asociación de Madres Comunitarias Padres Usuarios El Triunfo de Lisboa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

2.1. COLPENSIONES (fls. 88 a 95), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, y la innominada o genérica.

Expuso que la accionante no acumula 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues únicamente acredita 607; que el **I.C.B.F.**- no efectuó la correspondiente afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, por lo que, no existe una obligación clara, expresa, y exigible que pudiera ser objeto de cobro; y que el régimen aplicable a la accionante sería la Ley 797 de 2003, no obstante, no cumple con el requisito de 1300 semanas, ya que, registra un total de 1085,71 semanas.

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

2.2. Por su parte, la **ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA** (fls. 106 a 111), frente a las pretensiones manifestó que eran competencia y responsabilidad del I.C.B.F.- No propuso excepciones de mérito.

Indicó que los hogares comunitarios de bienestar del **I.C.B.F.-** se crearon con el fin de asistir y proteger a los niños en su desarrollo armónico e integral; y que son las organizaciones administradoras del programa hogares de bienestar las que efectúan el pago de cotizaciones y aportes a salud y pensión de sus colaboradoras.

2.3. El **INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR- REGIONAL BOGOTÁ** (fls. 127 a 159), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó, falta de jurisdicción y competencia, falta de integración del litisconsorcio necesario o de vinculación de todos los interesados en las resultas del proceso, prescripción, compensación, e inexistencia de la obligación.

En su defensa manifestó que no existe ni existió una relación laboral con la demandante, toda vez que la conexión de la actora con dicha institución únicamente es su participación como colaboradora en el programa de hogares comunitarios, que es una figura cuyas particularidades, al desarrollarse bajo los principios de solidaridad y voluntariado, tiene proscrita la generación de una relación laboral; que el programa de hogares comunitarios se desarrolla a través de la comunidad a través de asociaciones de padres de familia o de otras organizaciones comunitarias que administran los correspondientes hogares comunitarios; y que los responsables de la afiliación voluntaria al sistema de seguridad social en seguridad social, en la actualidad, son los hogares comunitarios.

En último término, adujo que la actora no prestó ningún servicio a su favor, así como que tampoco desplegó ningún acto de subordinación frente a la demandante; y que cualquier contrato realidad es de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al ser un establecimiento público del orden nacional.

2.4. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Mediante auto del 03 de abril de 2018 se aceptó el llamamiento en garantía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fls. 198 a 200), quien se opuso tanto a las pretensiones de la demanda como al llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito frente a la demanda, las de ausencia de responsabilidad del I.C.B.F. atendiendo la naturaleza de aportes celebrados con la Asociación de Padres Hogares Comunitarios de Bienes El Triunfo de Lisboa, buena fe del I.C.B.F. imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe; como excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía propuso las de ausencia de cobertura de la póliza N° 33-44-101093812 por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, inexistencia de los requisitos para hacer exigible la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal, inexistencia de obligación a cargo de Seguros del Estado S.A. si se declara relación laboral directa entre la señora María Precelia Valderrama de Becerra y el asegurado I.C.B.F.; cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal; imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del C.S.T. y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; compensación; límite de la responsabilidad; y la genérica.

Señaló que el contrato de aportes es considerado un contrato especial por cuanto una de las partes de la relación contractual es un sujeto calificado y cualificado por la ley, lo que significa que el **I.C.B.F.** es el único ente autorizado para celebrar esta clase de negocio jurídico y entregar bienes al contratista para que asuma la ejecución de un servicio bajo su exclusiva responsabilidad con personal técnico y especializado a su cargo; y que por lo anterior, no se puede pretender que sólo por el hecho de que la **ASOCIACIÓN DE PADRES EL TRIUNFO DE LISBOA** haya celebrado contratos con el **I.C.B.F.** sea éste último responsable de sus obligaciones laborales.

Finalmente, mencionó que para que la póliza de cumplimiento tenga cobertura es necesario que el siniestro hubiera ocurrido en vigencia de la misma, no obstante, los hechos que se imputan asegurables empezaron el 01 de enero de 1991, y la póliza se celebró el 17 de enero de 2014; que en la póliza se estableció la cobertura de las obligaciones laborales de los trabajadores que fueron vinculados en ejecución del contrato garantizado; y que la cobertura de la póliza únicamente se extiende a salarios y prestaciones sociales.

2.5. LITISCONSORCIO NECESARIO.

Mediante auto del 18 de diciembre de 2018 se vinculó como litisconsorte necesario a la **ASOCIACIÓN DE PADRES, USUARIOS Y MADRES COMUNITARIAS- ASHODEN** (fl.245), no obstante, a través de auto del 04 de octubre de 2019 se le tuvo por NO CONTESTADA la demanda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 06 de octubre de 2020, en la que dictó sentencia **absolutoria**.

En síntesis, refirió que el **I.C.B.F.**, es un establecimiento público descentralizado con personería jurídica, adscrito al Departamento de Prosperidad Social, por lo que sus trabajadores son empleados públicos y excepcionalmente trabajadores oficiales, cuando se dedican a la conservación y mantenimiento de la obra pública.

Indicó que la labor que realizan las madres comunitarias es de carácter voluntario y solidario, lo que no implica relación laboral con las administradoras de este ni con las entidades públicas que las supervisan; que en los contratos de aporte se establece que la junta directiva es quien debe fijar el valor de la beca a favor de las asociaciones de padres de familia, que éstas tienen la competencia de asignar a las madres comunitarias, y que a partir de 2013 se dispuso el pago de un salario mínimo a favor de las madres comunitarias y su formalización laboral, estableciéndose desde 2014 que debían ser vinculadas mediante contrato de trabajo; que por lo anterior, no es dable perseguir la declaratoria de una relación laboral por parte de las trabajadoras del **I.C.B.F.**, con anterioridad al 12 de febrero de 2014, pues el vínculo que las ataba era de carácter solidario y voluntario; y que lo dicho, tiene sustento en la sentencia **SU-079 de 2018**.

Adujo que conforme a la sentencia **SU-273 de 2019** el servicio desarrollado por las madres comunitarias no constituye una relación laboral, dado que se está frente a un contrato estatal entre el **I.C.B.F.**, y la asociación de padres de familia, y un contrato de carácter civil entre ésta y la madre comunitaria; que

no se presentan los elementos de un contrato de trabajo, especialmente la subordinación, dado que la labor de las madres comunitarias es voluntaria y solidaria; y que sólo fue con el Decreto 284 de 2014 que se empezó a establecer que las madres comunitarias debían gozar de las prerrogativas de un contrato de trabajo.

Señaló que la accionante, en principio, es beneficiaria del régimen de transición, pues al 01 de abril de 1994 contaba con 36 años; que la actora no contaba a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, puesto que acumulaba 609 semanas; y que por lo anterior, debió acreditar los requisitos de pensión al 31 de julio de 2010, no obstante no contaba para tal fecha, con la edad para pensionarse, pues aún no contaba con 55 años.

Concluyó expresando que no se ejerció derecho de acción contra las asociaciones en las que estuvo vinculada la accionante, estando encaminada la demanda contra el **I.C.B.F.**, por lo que, en virtud del principio de congruencia no se les podría imponer condena alguna.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La parte DEMANDANTE argumentó que se demostró claramente la existencia de un contrato de trabajo a través del principio de la primacía de la realidad; que la atención a través de las madres comunitarias es un fin directo del **I.C.B.F.**; que se demostró que las asociaciones existen condicionadas a los fines que tiene el **I.C.B.F.**, de manera que, sin éstas no se prestaría el servicio a través de madres comunitarias; que era el **I.C.B.F.**, quien daba las órdenes, solicitaba el cumplimiento de un horario, dotaciones, y efectuaba un pago, por lo que podría responder en solidaridad; que se acreditó que siempre se ha prestado el servicio por parte de las madres comunitarias a través de un

contrato de trabajo, no sólo desde 2014; y que es claro que la Corte Constitucional lo que busca es que proteger un interés económico del Estado.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, COLPENSIONES, I.C.B.F. y SEGUROS DEL ESTADO S.A., para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si en virtud del principio de la primacía de la realidad es dable establecer que entre las madres comunitarias y el I.C.B.F., existió una relación de carácter laboral.

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE LA MADRES COMUNITARIAS DEL I.C.B.F.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

Sobre el tópico la H. Corte Constitucional en diversas sentencias, como por ejemplo en la T-029 de 2016 ha señalado:

"(...)En virtud del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, la existencia de una relación de trabajo no depende de los pactos realizados por las partes, ni de la apariencia contractual, ni de las relaciones jurídicas subjetivas, sino, por el contrario, de la situación real en que se halla el trabajador respecto del patrono, de la realidad de los hechos a que aquél se encuentra vinculado y de las situaciones objetivas que surgen indistintamente de la nomenclatura utilizada para definir la relación. Este alcance del principio rescata la existencia del contrato de trabajo aún sobre la voluntad evidenciada por las partes y ello es compatible con el carácter irrenunciable de los derechos laborales y con la índole protectora del derecho del trabajo."^[25]

Tal ha sido la lectura por parte de esta Corporación al analizar el uso común de la figura del contrato de prestación de servicios que esconde en la práctica una indiscutible relación laboral^[26]. Asimismo, a partir de este entendimiento se han examinado controversias en las que advierte la existencia de un contrato laboral a término indefinido encubierto tras un artificial contrato de obra o labor contratada:

"Pero no obstante que el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales se muestra especialmente útil cuando se ha pretendido ocultar una relación laboral, su utilidad también se potencia cuando, partiéndose de la existencia de un contrato de trabajo, se le da la apariencia de relaciones laborales con condiciones de desventaja para el trabajador. En estos casos,

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

la relación sustancial entre patrono y trabajador toma la forma de un contrato de trabajo y de allí que el principio de primacía de la realidad no resulte relevante para afirmar un contrato cuya existencia no se discute. No obstante, como en esa hipótesis es posible que el contrato de trabajo formalizado no de cuenta del verdadero alcance de la relación laboral, en ese punto se torna útil el citado principio constitucional pues este se muestra idóneo para evidenciar el verdadero alcance de ese contrato aún contra la voluntad misma del empleador y el asentimiento del trabajador. Así ocurre, por ejemplo, cuando a un solo contrato de trabajo se le da la apariencia de varios contratos sucesivos o cuando a un contrato a término indefinido se le da la apariencia de un contrato de obra con el fin de eludir el reconocimiento de los derechos laborales del trabajador. En estos casos, el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales permite que se desvirtúen los supuestos contratos sucesivos y se evidencie la existencia de un contrato único o que se desvirtúe un supuesto contrato de obra y se evidencie un contrato de carácter indefinido, según el caso.”^[2]

Así las cosas, y para verificar si se está frente a un contrato realidad, es necesario determinar si se encuentran configurados los elementos de un contrato de trabajo, que en tratándose del sector público, se encuentran consagrados en la Ley 6 de 1945 y su decreto reglamento, Decreto 2127 de 1945.

Al punto, el inciso 1° del artículo 1° de la Ley 6 de 1945 y el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945 señalan:

“ARTÍCULO 1°.- Modificado por el art. 1, Ley 64 de 1946. Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten, a horario, reglamentos o control especial del patrono”.

“Artículo 2° En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y

c) El salario como retribución del servicio”.

En igual sentido el artículo 3 *ejusdem* en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, estipula:

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

“Artículo 3º Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera”.

Por su parte, el artículo 20 ejusdem señala que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole destruir dicha presunción al empleador, debiéndose desvirtuar la existencia de subordinación:

“Artículo 20. El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”.

Así mismo, y sobre el tópico, en amplia y pacífica jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en la SL1719-2021, ha establecido:

“Recuerda la Corte que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, para los trabajadores oficiales, de manera que le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario”.

Por otra parte, y en lo referente a las madres comunitarias la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que a la jurisdicción ordinaria laboral, sólo le es posible conocer de los conflictos derivados de un contrato de

trabajo, es decir, de las relaciones propias de los trabajadores particulares y de los trabajadores oficiales; y que al pretenderse el reconocimiento de una relación laboral con un establecimiento público como lo es el **I.C.B.F.**, sin que la labor de las madres comunitarias estén ligadas a la construcción y sostenimiento de una obra pública, no sería dable reconocer la existencia del contrato de trabajo, propio de los trabajadores oficiales. Al punto, en sentencia **SL5090-2020**, señaló:

“(...) en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los *trabajadores particulares*, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los *trabajadores oficiales*, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los *empleados públicos*, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.

En todos los casos se trata de relaciones de trabajo subordinado, pero que tienen diferencias sustanciales de regulación y de juzgamiento, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, pues, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la jurisdicción ordinaria laboral, solo le es posible conocer de los conflictos derivados de un *contrato de trabajo*, es decir, de las relaciones propias de los *trabajadores particulares* y de los *trabajadores oficiales*, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le es atribuido el conocimiento de los conflictos correspondientes a los *empleados públicos*.

De allí que, como lo resaltó el Tribunal, ante reivindicaciones atinentes a la existencia de un contrato de trabajo, en la realidad, con una entidad del Estado como el ICBF, el juez del trabajo se vea en la obligación, fundamental e ineludible, de determinar si el vínculo jurídico corresponde al propio de un trabajador oficial, pues, de lo contrario, carecerá de la competencia necesaria para emitir cualquier determinación, por justa que se presente, salvo la que se refiere exclusivamente al examen de la existencia del contrato de trabajo.

En ese sentido, no es cierto que *cualquier* relación de trabajo deba ser conocida y protegida por el juez del trabajo, como lo aduce de manera genérica y anodina la censura, pues siempre es preciso determinar qué tipo de vínculo jurídico puede atribuirse al respectivo servidor, dependiendo de la naturaleza de la entidad obligada - factor orgánico - y de la cualidad de las labores prestadas - factor funcional -.

Ahora bien, como en este caso la demandante pretendió el reconocimiento de una relación laboral con un establecimiento público, además de que sus

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

labores no estaban ligadas a la construcción y sostenimiento de una obra pública, cuestiones que no son rebatidas en ninguno de los cargos, no se daban las condiciones necesarias para reconocer la existencia del contrato de trabajo, propio de los trabajadores oficiales, que activaba el conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Ello no implicaba, en manera alguna, asumir que este tipo de relaciones públicas de trabajo estuviera desconocido o se viera sumido en una total desprotección, como lo reclama con ahínco la censura, sino simplemente que debía ser reivindicado ante la autoridad competente, en ejercicio de la normatividad especial que resultaba aplicable.

Igualmente, en sentencia **SL2069-2021**, dicha corporación señaló que el anterior entendimiento se encuentra de conformidad con lo previsto en el artículo 4° del Decreto 1340 de 1995, esto es, que el programa de "Hogares de Bienestar", se constituye mediante trabajo solidario, por lo que se trata de una contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen. Al respecto, dijo la H. Corte:

"Así las cosas, al no existir discusión sobre la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ni la clase de labores adelantadas por la accionante, no pudo equivocarse el juez colegiado al concluir que no le era posible declarar la existencia de un contrato de trabajo de carácter particular, ni oficial.

Para abundar en razones, cumple señalar que la censura no se ocupa de cuestionar todos los cimientos de la decisión, como aquel conforme al cual, *«de acuerdo a la legislación imperante de la época, en la cual la actividad desarrollada para entonces conservaba un carácter solidario que excluía toda prerrogativa de índole laboral, impide que se le atribuya la calidad de trabajadora que reclama»*.

Este criterio coincide plenamente con lo previsto en su momento por el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995, según el cual:

La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "Hogares de Bienestar", mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las

asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen.

Como quiera que las aspiraciones de la demandante se concentran en el período transcurrido entre el 2 de mayo de 1991 y el 31 de enero de 2014, tal cual lo dedujo el *ad quem*, porque luego de esta fecha fue vinculada por uno de los entes operadores del programa de hogares de bienestar y percibe salario y prestaciones sociales, bajo el nuevo marco normativo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, lo pretendido no encuentra sustento en la legislación vigente en el lapso objeto de reclamación.

Así mismo, en sentencia **SL2370-2021**, se estableció que conforme al artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, el contrato de aporte celebrado por el **I.C.B.F.**, conlleva que la entidad provea a una institución de utilidad pública o social los bienes (edificios, dineros, etc.) necesarios para la prestación total o parcial del servicio comunitario; que dicha actividad se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del **I.C.B.F.**; y que no tiene cabida la responsabilidad solidaria, en vista de la especial naturaleza del contrato de aporte que liga a las asociaciones con el **I.C.B.F.**

“En respuesta, debe decirse que si bien, la Sala no desconoce la importancia del trabajo humano y los efectos que está llamado a producir en el patrimonio y la seguridad social de las personas, el modelo usado para desarrollar la relación laboral no permite aceptar la propuesta de la impugnante, de donde se impone reconocer que el Tribunal no pudo equivocarse en la forma denunciada.

Según el artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, del que se sirvió el fallador de la alzada para edificar su reflexión, el contrato de aporte celebrado por el **ICBF** conlleva que la entidad provea a una institución de utilidad pública o social los bienes (edificios, dineros, etc.) necesarios para la prestación total o parcial del servicio. Dicha *«actividad (...) se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar»*.

Esta Corporación ya se ocupó de desestimar la posibilidad de que se configure responsabilidad solidaria del **ICBF** por las obligaciones laborales generadas a cargo de administradores de hogares infantiles, en el marco de un contrato de aporte. Así lo explicó en sentencia **CSJ SL4430-2018**:

[...] la modalidad de servicio público asumida por el Estado colombiano, implica que su prestación ha de hacerse conforme al régimen jurídico que fije

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

la ley y que, si bien puede ser prestado directa o indirectamente por aquel o por particulares, en todo caso el Estado conserva la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios. En ese orden, la posibilidad constitucional de que los particulares sean encargados de la prestación de un servicio público y las condiciones en que lo pueden hacer son las que señale la ley. Así las cosas, bien puede el legislador para efectos de la prestación de un servicio público -con base en el nl. 23 en concordancia con el inciso final del artículo 150 de la Constitución - autorizar a las entidades estatales designadas como responsables de la prestación del servicio público para celebrar los contratos pertinentes, como lo hizo de tiempo atrás el nl. 9º del artículo 21 de la Ley 7 de 1979, por la cual se dictan las normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. Siendo a su vez reglamentado por el D. 2388 de 1979, en cuyo artículo 127 consagró los contratos de aportes, como el que ligó a los aquí codemandados, cuya celebración debe estar acorde con el 128 ibídem.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes que celebra el ICBF, definiéndole las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; consta por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; iv) es bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y v) es conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro. A los que esta Corte agrega que vi) el contratista asume la prestación del servicio público directamente a la comunidad mediante recursos del Estado. Es decir, el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público y «solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo», art. 128 del D.2388 de 1979, «actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución», art. 127 ibídem, lo que excluye la aplicación del artículo 34 del CST.

Así las cosas, no existe duda de que las reglas que gobiernan el contrato de aporte son aplicables a todas las actividades propias del servicio, incluidas la administración y cuidado de los bienes entregados para tal propósito. De ahí que el prestador del servicio responde por las obligaciones surgidas el personal que vincula para ejecutar el objeto contractual, como lo concluyó el juez plural. De esta suerte, no tiene cabida la responsabilidad solidaria que se reclama, en vista de la especial naturaleza del contrato de aporte que ligó a los codemandados, cuya celebración y vigencia no se encuentra en discusión.

En la misma línea la H. Corte Constitucional en sentencia SU-079 de 2018 señaló:

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-
REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES
COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y
COLPENSIONES.**

“En efecto, para el caso de las **madres comunitarias**, su participación en dicho programa suponía una labor solidaria y una contribución voluntaria en beneficio de los menores objeto del mismo, que responde a la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo con el artículo 44 superior. En esa medida, el artículo 4° del Decreto 1340 de 1995 expresamente previó que la vinculación de las madres al aludido programa **“no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo”** (Destaca la Sala). En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, precisó que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF **“en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas”**.

En igual dirección, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, es de orden contractual civil y de allí **“no se desprende una vinculación de carácter laboral”**, en los términos de la sentencia **SU 224 de 1998**. Esta consideración fue justamente la que tuvo en cuenta la Sala en el **Auto 186 de 2017** para declarar la nulidad parcial de la sentencia **T-480 de 2016**, por cambio de jurisprudencia y no atenerse a la línea en vigor, al haber determinado dicho fallo de revisión que entre el ICBF y las madres comunitarias accionantes había existido un contrato de trabajo real, como se reseñó páginas atrás.

Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral”.

En cuanto al deber de aportar a pensión por parte de las madres comunitarias, la H. Corte Constitucional en la sentencia aludida, puntualizó que las madres comunitarias tenían a cargo su aporte a pensión, y que tenían subsidios para sufragar el mismo con anterioridad a su formalización laboral en 2014. Al respecto, la H. Corte dijo:

“La Ley 100 de 1993 **“por medio de la cual se crea y reglamenta el Sistema de Seguridad Social Integral”**, establece como uno de sus objetivos la implementación de mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, garanticen a la población sin capacidad económica suficiente, como lo son las madres comunitarias y sustitutas, acceder al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

Para este efecto, se encuentra que el Acuerdo 21 de 1996, dispuso en su artículo 5°, literal j, que **“las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, serán responsables de su vinculación y**

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado en la Ley 100 de 1993 sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia”.

Tratándose de la seguridad social en salud, la Ley 509 de 1999, modificada por la Ley 1023 de 2006, establece que *“Las Madres Comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se afiliarán con su grupo familiar al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se harán acreedoras de todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del mismo”.* En el parágrafo 1º se indica que *“La base de cotización para la liquidación de aportes con destino a la seguridad social por parte de las madres comunitarias así como las prestaciones económicas se hará teniendo en cuenta las sumas que efectivamente reciban las Madres Comunitarias por concepto de bonificación prevista por los reglamentos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.*

Así mismo, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que la afiliación al Sistema General de Pensiones *“es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes”* (literal a), lo cual *“implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley”* (literal d); tratándose de grupos poblacionales que por sus características y condiciones socioeconómicas no tenían acceso a la seguridad social, incluyendo a las madres comunitarias, se dispuso el derecho a acceder al **Subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional** (literal i).

En armonía con esto último, el artículo 15 de la misma ley, con la modificación efectuada mediante el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, dispuso que serán afiliados al Sistema General de Pensiones de forma obligatoria *“Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales”.*

De esta manera, la ley ha regulado el acceso de las madres comunitarias y sustitutas al Sistema General de Pensiones, como grupo que por sus condiciones socioeconómicas eran elegibles para ser beneficiarias del mencionado subsidio, teniendo entonces la obligación legal de afiliarse al sistema pensional y realizar los aportes correspondientes. Debe tenerse presente que este subsidio, en los términos del artículo 28 de la Ley 100 de 1993, es *“de naturaleza temporal y parcial, de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo”.*

VI. DEL CASO EN CONCRETO.

No son objeto de controversia y por lo tanto están acreditados en el proceso los siguientes hechos:

i) El nacimiento de María Precelia Valderrama, el 22 de mayo de 1957 (fl.15).

ii) la prestación de servicios de la demandante como madre comunitaria desde el 01 de enero de 1991 a través de la entidad administradora del servicio contratada para la prestación del servicio en los hogares comunitarios del bienestar, la que actualmente es la Asociación Triunfo de Lisboa, según certificaciones del 29 de octubre de 2013, 14 de agosto de 2014, y 02 de mayo de 2017, expedidas por la Coordinadora Centro Zonal Suba del I.C.B.F., (fls.16 a 18), hecho que se ratifica con la certificación expedida por la Asociación El Triunfo de Lisboa, según la cual la actora era madre comunitaria desde 1996, y que tenía un horario de atención de 8:00 A.M. a 4:00 P.M. (fl.39).

iii) Que la demandante acumula **1.085,71** semanas cotizadas a COLPENSIONES, conforme la historia laboral del 06 de diciembre de 2017, visible a folios 96 a 105.

iv) la solicitud por parte de la demandante de la pensión de vejez a COLPENSIONES, el pasado 27 de junio de 2012 petición resuelta negativamente por la entidad de pensiones mediante Resolución GNR 022540 del 04 de marzo de 2013 (fls. 19 a 21), confirmada mediante Resoluciones GNR 170334 de 2013 y VPB 21972 de 2014 (fls. 25 a 28).

v) la petición de la demandante dirigida al I.C.B.F., el pasado 17 de febrero de 2017, para el pago de los aportes a seguridad social (fl.32), petición resuelta negativamente el 30 de junio de 2017, argumentándose que las madres comunitarias no tenían relación laboral con la entidad (fls. 33 a 36).

Pues bien. Al auscultar la prueba arrojada al proceso, se tiene que se aportaron las declaraciones en calidad de testigos de los señores **Clara Edilma Forero Rodríguez, Ana Valderrama de Corredor, Clara Cecilia Cuellas Fuentes, Hugo Andrés Morales Monroy**, quienes manifestaron:

Clara Edilma Forero Rodríguez, informó que era madre comunitaria; que conocía a la demandante desde 1996 cuando ésta llegó a la Asociación Triunfo Lisboa; que tiene vínculo de trabajo con el I.C.B.F. como madre comunitaria desde 1991 a través de la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios El Triunfo Lisboa desde 1991; que la actora ha trabajado desde 1991 en la asociación; que para que la demandante pueda desarrollar su labor, el I.C.B.F. mandaba memorandos; que las órdenes del I.C.B.F. son de cómo debemos trabajar con los niños, la nutrición, pedagogía, y el cuidado de los niños; que el I.C.B.F. envía el correspondiente rubro para comida y dotación; que la actora actualmente como representante legal expone todas las cuentas de gastos ante el I.C.B.F.; que la junta siempre ha impartido las órdenes e instrucciones que da el I.C.B.F., a las madres comunitarias; que tienen un horario de lunes a viernes de 8:00 A.M. a 4:00 P.M.; que las herramientas de trabajo las proporciona el I.C.B.F. a través de los rubros que facilita a la asociación para comprar lo necesario para los niños; que si la actora se enfermaba o no podía prestar el servicio tenía que pedir permiso a la representante legal de la asociación, quien a su vez debía avisar al I.C.B.F.; que las dotaciones provenían del I.C.B.F.; que la seguridad social sólo se descuenta desde el 2014; que el I.C.B.F. y la junta directiva hace visitas para supervisar cómo está el lugar, donde se encuentran los niños, y para verificar cómo funciona el hogar; que el I.C.B.F. normalmente hace recomendaciones, pero que en casos graves, pueden cerrar el jardín; y que de 1996 a 2014 les reconocían una beca por concepto de salario.

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

Por su parte, Ana Valderrama de Corredor, manifestó que es hermana de la actora; que fue madre comunitaria de 1991 a 2001; que la actora estuvo con ASODHEN de 1991 a 1996 como madre comunitaria; que desde 1996 la actora trabajó en la Asociación del Triunfo Lisboa; que la actora fue trasladada por la sectorización del hogar que establece el I.C.B.F., ya que, por esa época la demandante compró una casa en el barrio Lisboa; que el I.C.B.F. imparte las instrucciones a la junta, y ésta es la encargada de manejar al grupo de madres comunitarias; que a la actora las ordenes se las impartía la asociación; que por la prestación del servicio le pagaban a la actora una beca que provenía del I.C.B.F., quien le giraba ese dinero a las asociaciones y éstas lo distribuían; que si la actora tenía que pedir permiso para ausentarse, iba a la representante legal del momento, y ella a su vez le comunicaba al I.C.B.F.; que si una incapacidad es larga se comunica a la representante legal, y ésta habla con la coordinadora del centro zonal del I.C.B.F., quien autoriza el permiso; que la actora tenía un horario de 8:00 A.M. a 4:00 P.M.; que de 1991 a 1996 no se daba dotación; que la vigilancia del hogar comunitario la ejercía la junta y el I.C.B.F., quienes visitan periódicamente las instalaciones y si encontraban anomalías dejaban la correspondiente anotación para que se cumpliera; y que las órdenes que daba la asociación eran de cómo se tenía que laborar con los niños, de pedagogía, nutrición, directrices que el I.C.B.F. le mandaba a la asociación.

Clara Cecilia Cuellas Fuentes, dijo que conocía a la demandante desde 2016; que tiene vínculo con la ASOCIACIÓN TRIUNFO LISBOA como madre comunitaria desde 1991; que la actora cumple un horario que dicta el I.C.B.F. de 8:00 A.M. a 4:00 P.M.; que los controla el I.C.B.F. y la junta directiva, la que se compone por la representante legal, un tesorero y una vocera; que tienen un capital que lo remite el I.C.B.F. y lo administra la junta directiva, quienes lo usan para pagar sueldos

y seguridad social; que es obligación estar en la asociación del barrio para trabajar como madres comunitarias; que trabajan como una empresa; que la asociación no cuenta con recursos propios, pues estos son remitidos únicamente por el I.C.B.F.; que el objeto de la asociación es para trabajar con el I.C.B.F.; que hasta el 2014 quien suministraba las ordenes era el I.C.B.F. mediante talleres y reuniones, en los que les explicaba cómo se debía trabajar y manejar los rubros; y que la junta o sus miembros también daban órdenes a las madres comunitarias.

Hugo Andrés Morales Monroy, señaló que era psicólogo y que trabajaba para el I.C.B.F. como contratista desde septiembre de 2012; que dentro del desarrollo de su labor se encuentra en la parte de primera infancia, que es donde está la modalidad de hogares comunitarios del I.C.B.F.; que fue la persona que se encargó de dar respuesta y coordinar con el equipo de trabajo frente a las acciones constitucionales que iniciaron las madres comunitarias; que el objeto del contrato celebrado con las asociaciones era que éstas administraran los hogares comunitarios; que los beneficiados de estos contratos son los niños de la primera infancia; que entre el I.C.B.F. con las madres comunitarias, lo único que hace es supervisar que se cumpla con el desarrollo del contrato con la atención de los niños, esto es, que se ejecuten los lineamientos técnicos y que los recursos que se dan sean para administrar las raciones alimentarias, las guías pedagógicas y para desarrollar la parte técnica del hogar comunitario; que el pago de seguridad social le corresponde a cada madre comunitaria, y que desde 2014 quien paga seguridad social es la respectiva asociación; y que el I.C.B.F. es un ente regulador, ejerce labores de supervisión, acompañamiento, y brinda el apoyo que se necesita con la asociación y con las madres comunitarias.

Finalmente, Nancy Yadira Arenas Rivera expuso que trabaja en el I.C.B.F. desde 2009, y que es Coordinadora del Centro Zonal de Bosa desde noviembre del 2019; que antes era Coordinadora en Suba de 2009 a 2011, que de 2011 a 2013 estuvo en Tunjuelito, en Suba de 2014 a 2016, y luego en Bosa de 2016 a 2018; que la demandante es madre comunitaria de Bosa; que la relación que tuvo con la Asociación Triunfo fue supervisar el contrato; que la relación del I.C.B.F. es con la asociación y no con la madre comunitaria; que las entidades o asociaciones firman un contrato de aporte con el I.C.B.F., a quienes se les entregan unos recursos para que los administren, los que tienen la autonomía de vincular a su personal y unas orientaciones específicas para el talento humano de la asociación para su manejo, puesto que estos van para los niños y su atención; que quien tiene el control y manejo de las madres comunitarias es la representante legal de la asociación; que las directrices y las instrucciones las imparte la representante legal de la asociación; que cada año se elige una junta directiva en las asociaciones, y que éstas tienen un representante legal, tesorero, fiscal, y vocero; que se entiende con la junta, a ellos se les suministra el dinero para el hogar comunitario a través de sus oficinas de talento humano; que quien se encarga de girar los pagos a las madres comunitarias y hacer la vinculación con ella es la representante legal de la asociación; que el I.C.B.F. hace supervisión, de manera que los funcionarios de cada zona van a las unidades de servicio, verifican las condiciones técnicas, financieras, y administrativas, y si hay situaciones anormales, hacen el correspondiente requerimiento a la asociación para que ellos hablen con la madre comunitaria para mejorar en la irregularidad encontrada; que si la madre comunitaria tiene que ausentarse debe avisarle al representante legal, y ésta avala las incapacidades o licencias, y a su vez le avisa al I.C.B.F. la situación y el reemplazo de la madre comunitaria, la que debe cumplir con los requisitos para desempeñar tal rol; que el salario

de las madres comunitarias lo paga la asociación a través de su representante legal; que la asociación no toma el dinero para pagarle a sus madres comunitarias de su capital, lo hace del contrato de aporte; y que las madres comunitarias prestan el servicio desde las 8:00 A.M. hasta las 4:00 P.M.

Así mismo, la demandante al rendir interrogatorio de parte informó que los permisos para ir al médico o ausentarse los solicitaba directamente a la junta administradora; que el I.C.B.F. daba las orientaciones y comunicaciones que se debía cumplir frente al horario, la atención de los niños, y la distribución de los dineros que les otorgaba; que la asociación hace un contrato de administración de bienes con el I.C.B.F. durante el año, el que se ejecuta mensualmente según el rubro asignado; que la asociación también imparte directrices, las que estaban regidos por los lineamientos del I.C.B.F.; que los elementos que usaba en el trabajo los suministraba la junta administradora de los dineros que proveía el I.C.B.F.; y que gozaba de un subsidio del gobierno para hacer sus aportes a pensión, pero no por su calidad de madre comunitaria.

Pues bien, en el análisis de la prueba recaudada, es posible determinar que la demandante ha estado vinculada desde el 01 de enero de 1991 como madre comunitaria, en virtud de los contratos de aportes que celebraron la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA y la ASOCIACIÓN DE PADRES, USUARIOS Y MADRES COMUNITARIAS- ASHODEN con el I.C.B.F, instituto que es un establecimiento público del orden nacional, por lo que de evidenciarse la existencia de un contrato de trabajo, la accionante ostentaría la calidad de empleada pública o de trabajadora oficial, caso en el cual el juez laboral únicamente tendría competencia para declarar la última calidad.

Dicho lo anterior, encontramos que, para que la demandante sea tenida como trabajadora oficial, era necesario que se encontrara demostrado que desplegó funciones de construcción y mantenimiento, pues de lo contrario, se estaría frente a una empleada pública, siendo el competente para declarar tal situación jurídica el juez de lo contencioso administrativo.

Por otra parte, y conforme a la abundante y pacífica jurisprudencia tanto de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como de la H. Corte Constitucional, ambas corporaciones son enfáticas en manifestar que entre las madres comunitarias y el **I.C.B.F.**, no se constituye un vínculo laboral, puesto que los "Hogares de Bienestar" son una figura que nace del trabajo solidario, se trata de una contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; y que conforme al artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, el contrato de aporte celebrado por el **I.C.B.F.**, conlleva que la entidad provea a una institución de utilidad pública o social los bienes (edificios, dineros, etc.) necesarios para la prestación total o parcial del servicio comunitario; que dicha actividad se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del **I.C.B.F.**; que no tiene cabida la responsabilidad solidaria, en vista de la especial naturaleza del contrato de aporte que liga a las asociaciones con el **I.C.B.F.**; que las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, eran responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios; y que sólo con la expedición del Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del programa, quien

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y COLPENSIONES.**

es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.

Lo expuesto cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que en los testimonios aludidos, especialmente los de Hugo Andrés Morales Monroy y Nancy Yadira Arenas Rivera, se resalta la labor de supervisión y control del **I.C.B.F.**, para que los correspondientes hogares comunitarios presten sus servicios en determinadas condiciones, no de subordinación como parece entenderlo la parte actora, pues la función que despliega el **I.C.B.F.**, en relación las asociaciones de padres de familia, es de verificación, inspección y vigilancia de unas condiciones mínimas que deben gozar los menores a favor de quienes se presta el servicio, en especial, en lo referente a alimentación, pedagogía, y cuidado, lo que realiza a través de visitas permanentes a los hogares comunitarios.

Aunado a ello, los testigos son contestes en manifestar que quien imparte las correspondientes ordenes es la junta directiva de la correspondiente asociación (quienes no fueron llamadas en calidad de empleadoras); que quien distribuye los recursos es la respectiva junta directiva a través de lo que les paga el **I.C.B.F.**, por concepto de beca; y que los permisos para ausentarse se piden ante la asociación, la que comunica al **I.C.B.F.**, la situación y el correspondiente reemplazo, quien, en todo caso, debe cumplir unos requisitos para ser madre comunitaria.

De acuerdo con lo dicho, no es dable declarar la existencia de un contrato de trabajo de la accionante con el **I.C.B.F.**, pues aunado a que la labor que desarrolló fue como madre comunitaria, labor que no es de construcción y mantenimiento, por lo que no sería dable tener su vinculación como la de una trabajadora oficial, estamos frente a una labor eminentemente solidaria y voluntaria, en la que por demás no se observa que el

llamado como empleador, esto es, el **I.C.B.F.**, fuera quien impartiera órdenes o ejerciera actos de subordinación a la demandante.

Por lo brevemente expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

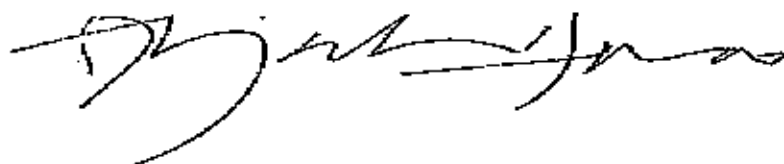
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00488 -01

Demandante: **MARÍA PRECELIA VALDERRAMA DE BECERRA.**

Demandado: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-
REGIONAL BOGOTÁ, ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES
COMUNITARIOS DE BIENESTAR EL TRIUNFO DE LISBOA Y
COLPENSIONES.**



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA JUAQUINA LONDOÑO TRUJILLO** promoviese contra **TERESA PARRA VILLABÓN**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 23 de agosto de 2017 al 01 de noviembre de 2018. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, vacaciones, primas de

servicios, sanción por no consignación de las cesantías, aportes a pensión, subsidio de transporte, recargos dominicales y festivos.

1.2. HECHOS

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** Fue contratada el 22 de agosto de 2017 para desempeñar el cargo de oficios varios; **2)** Cumplía un horario de trabajo de domingo a domingo de 12:00 M a 9:00 P.M.; **3)** Devengaba \$40.000 diarios; **4)** No le consignaron cesantías, y no fue afiliada a seguridad social; **5)** Laboró 64 dominicales y festivos; y **6)** El 01 de noviembre de 2018 renunció voluntariamente.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

TERESA PARRA VILLABÓN (fls. 16 a 19), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia del contrato realidad, cobro por inexistencia de las obligaciones legales que no se generaron, la no existencia de obligación de pagar los aportes a la seguridad social, no se generan vacaciones ni prima de servicios, no se generan aportes a pensión, no se tienen claros los dominicales y festivos, y la genérica.

Aceptó la existencia del vínculo laboral, aunque no sus extremos temporales, al afirmar que el vínculo laboral inició el 07 de diciembre de 2017 y finalizó el 21 de octubre de 2018; que la labor encomendada a la actora era hacer arepas; y que la accionante no suministró su cédula para efectuar los correspondientes pagos de cesantías y seguridad social.

Aceptó que la actora no fue vinculada a un fondo de cesantías ni se le pagó aportes a seguridad social; y que se le pagaban \$40.000 diarios.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 07 de diciembre de 2017 hasta el 21 de octubre de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas por concepto de liquidación de prestaciones sociales:

Cesantías	\$1'046.666
Intereses a las cesantías	\$109.551
Prima	\$1'046.666
Vacaciones	\$523.333
Total	\$2'726.216

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar el cálculo actuarial de los aportes a seguridad social en pensión dejados de realizar al fondo de pensiones de la demandante, desde el 07 de diciembre de 2017 hasta el 21 de octubre de 2018, con base en el salario mensual devengado la suma de \$1'200.000.

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por la parte de la demandada.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

En síntesis, refirió que la demandada en ningún momento desconoció la existencia de una relación laboral; que del interrogatorio de parte de la demandada se logra extraer que la actora prestó sus servicios en un establecimiento de comercio de su propiedad, Arepas Doña Tere de la 150; y que si bien ninguno de los testigos señala las fechas en que se prestó el servicio, se aceptó en la contestación de la demanda el 07 de diciembre de 2017 al 21 de octubre de 2018.

Indicó que no existió controversia en cuanto a que el salario que devengaba la actora era de \$40.000 diarios, por lo que devengaba \$1'200.000 mensuales; que en el anterior valor estaba incluido el auxilio de transporte, tal y como fue aceptado por la accionante al rendir interrogatorio de parte; que la demandada aceptó que nunca afilió a la actora a aportes a pensión, por lo que, resulta procedente su pago, aunado a que dichas cotizaciones son

necesarias para darle equilibrio económico al sistema pensional; y que consecuente con la declaratoria de un contrato de trabajo, se deben reconocer las correspondientes prestaciones sociales y vacaciones.

Concluyó expresando que no hay lugar a reconocer sanciones moratorias, como quiera que la actora tenía desconocimiento de sus deberes como empleador, ya que pagó la suma de \$40.000 diarios, con la convicción de que allí estaban incluidas las prestaciones sociales, por demás que tuvo la intención de conciliar y no se avizora que su conducta estuviera encaminada a desconocer los derechos de la trabajadora.

5. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó en relación con el subsidio de transporte, que la actora en el interrogatorio de parte en ningún momento señaló que estaba incluido en los \$40.000 que le reconocían diariamente; y que no obra prueba que dé cuenta que dentro de ese valor se hubiera incluido el auxilio de transporte.

Indicó que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa ni exonera de responsabilidad, por lo que hay lugar al pago de las sanciones moratorias, por demás que, si la demandante tenía la voluntad de arribar a un acuerdo, debía conciliar o por lo menos efectuar un aporte de lo que le adeudaba; que lo expuesto en las conciliaciones no se puede tener en cuenta para el juzgamiento; y que si la demandada tenía más trabajadores y a estos si les pagaba sus prestaciones sociales, entonces es claro que sí tenía conocimiento de sus obligaciones laborales, máxime si se tiene en cuenta que le pidió su cedula de ciudadanía presuntamente para efectuar las correspondientes afiliaciones a seguridad social.

PARTE DEMANDADA.

Señaló que la demandante presentó únicamente dos pruebas para acreditar la existencia de un contrato de trabajo, la renuncia y los testimonios de Marisol Poveda y Luis Jovanny Pérez; que los anteriores

testigos no resultan creíbles, como quiera que la primera, vive en Medellín y ocasionalmente iba al puesto de arepas, y el segundo, es el padre de la hija de la demandante; que la demandada fue muy clara en manifestar como llegó la accionante al establecimiento de comercio, que quien la vinculó fue el señor Humberto Reyes, que la demandante fue vinculada por familiaridad, que la actora no aceptó el salario mínimo sino el valor de \$40.000 con la inclusión en tal valor de sus prestaciones sociales, que le daban bonificaciones ocasionales, que le brindaban almuerzo, y que la actora llegaba y se iba a la hora que deseaba; que por lo anterior, no están demostrados los presupuestos de un contrato realidad, pues la actora no cumplía un horario de trabajo, manejaba su control de entrada y salida, y fue la que abandonó su cargo.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si entre las partes se encuentra acreditada la existencia de un contrato de

trabajo; y si hay lugar al reconocimiento y pago de subsidio de transporte, y sanciones moratorias.

DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LOS EXTREMOS TEMPORALES.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017;

"[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

Igualmente, y en relación con la acreditación de los extremos temporales la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

DEL CASO EN CONCRETO.

No es objeto de controversia en el proceso:

- i) La prestación personal de servicios de la demandante en el establecimiento de comercio Arepas Doña Tere de la 150 haciendo la actividad de venta de arepas.

- ii) Que Gloria Juaquina Londoño Trujillo presentó ante la señora Teresa Parra Villabón carta de renuncia el 14 de noviembre de 2018, con efectos a partir del 01 de noviembre de 2018 (fl.3).
- iii) Existe constancia del horario de entrada de la actora al establecimiento de comercio Arepas Doña Tere de la 150 desde el 07 de diciembre de 2017 hasta el 21 de octubre de 2018 (fls. 23 a 36).

Por otra parte, comparecieron a rendir declaración en calidad de testigos los señores **Marisol Poveda Cruz, Luis Giovanny Buitrago Pérez, Luis Humberto Reyes y Lili Jhoana Mejía Palmera**, quienes manifestaron:

Marisol Poveda Cruz afirmó que vivía cerca del lugar donde la actora prestaba sus servicios; que en el aludido lugar, se vendían empanadas; que ella compraba en ese establecimiento de comercio; que fue en varias ocasiones a comer, alrededor de las 5:00 P.M., cuando salía de trabajar; que le preguntaba a la accionante hasta que hora trabaja, y ella decía que hasta las 9:00 P.M.; que veía a la actora fritando las empanadas y guardándolas en canastas para llevarlas a una camioneta; que supone que la demandada era la jefe de la actora porque le daba órdenes, tales como, que montara las empanadas; que vivía como a cuatro cuadras del establecimiento de empanadas, pero que desde hace dos años vive en Medellín; que cuando estaba en Bogotá vivía en dos partes, pero que fue a comer empanadas en varias ocasiones; y que conoció a la actora entre julio y agosto del 2017.

Por su parte, **Luis Giovanny Buitrago Pérez** manifestó que la actora era la abuela de su hija; que la demandada fue la expatrona de la demandante; que Humberto Reyes es el esposo de Teresa; que la accionante trabajaba en "arepas Doña Tere"; que Humberto Reyes lo invitaba a comer empanadas; que fue conductor de un taxi, prestándole el servicio a la actora para recogerla y llevarla a su domicilio; que la accionante fritaba empanadas; que Humberto Reyes le daba órdenes a la actora; que veía muy poco a la demandada; que recogía a la demandante a las 9:15 P.M.; que la accionante trabajaba de domingo a domingo; que se separó de la hija de la demandante en el 2017, principios de agosto; que para febrero de 2017, ya manejaba un taxi, y le prestó tal servicio a la actora; y que para el 15 de

agosto de 2017, la demandante ya estaba laborando porque su expareja lo llamó, y le dijo que su mamá ya no podía cuidar de su hija porque iba a empezar a trabajar.

Luis Humberto Reyes señaló que la demandada era su compañera sentimental; que la actora le pidió trabajo, y que fue él quien la contrató bajo su responsabilidad; que la actora es exesposa de su hermano; que el trabajo era para atender público y fritar empanadas; que a la accionante se le ofreció varias formas de trabajo, pues en un principio, se le ofreció que se le iba a pagar un salario mínimo con horas extras, y ella dijo que no, por lo que, se le hizo la oferta de una paga de \$40.000 con todo lo de ley, la que ella aceptó; que a la actora se le garantizaba el almuerzo; que el registro de cuando entraba y salía la demandante se llevaba en un cuaderno; que por la confianza que había con la accionante, ésta ayudaba a liquidar su salario; que la demandante se retiró del trabajo, no volvió, y a los 15 días regresó, solicitando su liquidación de prestaciones sociales; que su hermano fue quien le pidió que le diera empleo a la actora; que para que la accionante pudiera prestar sus servicios, necesitó el consentimiento de la demandada; que la accionada también dirigía la empresa, pero que quien más mandaba sobre los empleados era él; que la dueña de la empresa "Arepas Doña Tere" era la demandada; que se le liquidaba a la demandante por hora laborada, porque a veces no trabajaba toda la jornada laboral; y que la actora casi nunca trabajaba el domingo, pero que de hacerlo, se le daba un día libre entre semana.

Finalmente, **Lili Jhoana Mejía Palmera** expresó que trabajaba con la demandada desde hace cuatro años; que la actora cumplía muy poco el horario y no le exigían mucho; que la demandante se dedicaba sólo a fritar; que la accionante casi no asistía los domingos; que la demandante obedecía a Humberto Reyes; que cuando la demandante se sentía mal no avisaba; que ella estaba afiliada al seguro; que el control de entrada y salida se hacía en un cuaderno; que la demandante salió de trabajar como a finales de octubre o comienzos de noviembre de 2018; que la demandante devengaba \$40.000, y a veces le daban más; que el subsidio de transporte estaba incluido en los \$40.000; y que la demandada casi nunca asistía al trabajo.

De otro lado, al rendir **interrogatorio de parte**, la demandada informó que una vez le llamó la atención a la actora porque discutió con otra compañera; que a la actora se le pagaba \$40.000 por jornada laborada; que no afilió a pensión ni a salud a la demandante; que la accionante fritaba empanadas y arepas; que el contrato terminó porque la actora no volvió; que no ha abonado ningún valor por concepto de prestaciones sociales; que fue la dueña del establecimiento Arepas Doña Tere hasta abril del 2019; y que el administrador era quien manejaba el negocio de forma total.

Así mismo, es necesario resaltar que en la contestación de la demanda se señaló frente al hecho primero, *“Mi poderdante fue contratada por la demandante e inicio laborales el 22 de agosto de 2017”* que *“El primer hecho NO ES CIERTO pero se vinculó el 7 de diciembre de 2017 al 21 de octubre de 2018”*.

De esta manera, y del análisis de la prueba recaudada, es posible determinar que la demandante estuvo vinculada desde 07 de diciembre de 2017 hasta el 21 de octubre de 2018 al establecimiento de comercio “Arepas Doña Tere” de propiedad de TERESA PARRA VILLABÓN; que para su contratación se necesitó el consentimiento de la demandada; que cumplía la función de fritar empanadas; que recibía órdenes para el ejercicio de su labor; y que recibió llamados de atención de la accionada; por lo que, para la Sala se encuentran configurados los elementos propios de un contrato de trabajo durante el lapso determinado por la A Quo, aclarándose sobre el punto, que no fue objeto de impugnación la imposición de otros extremos temporales por parte de la apoderada de la parte actora.

SUBSIDIO DE TRANSPORTE.

El subsidio de transporte es pago que se realiza a los trabajadores que tienen un sueldo de hasta dos salarios mínimos mensuales. Sobre la naturaleza específica de dicho concepto y su procedencia, en sentencia CSJ SL2169-2019, la Sala explicó:

“En cuanto al auxilio de transporte, esta Sala en sentencia CSJ SL 1950, 1.º jul. 1988, GJ CXCIV, n.º 2433, pág. 7-19, señaló que:

La Ley 15 de 1959, artículo 2°, estableció a cargo de los patronos el denominado auxilio de transporte que explicó como la obligación de pagar al trabajador que reúna los requisitos previstos, el transporte "...desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo..."

Se desprende de lo anterior como lógica consecuencia y sin que sea indispensable acudir a los varios decretos reglamentarios cuya vigencia se discute, que no hay lugar al auxilio si el empleado no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado de éste (sic) no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo o cuando es de aquellos servidores que no están obligados a trasladarse a una determinada sede patronal para cumplir cabalmente sus funciones.

[...]De consiguiente, es claro que el Tribunal no incurrió en la aplicación indebida por vía directa que le atribuyó el censor, dado que el auxilio referido se genera en favor de los trabajadores que devenguen hasta 2 veces el salario mínimo, pero sólo en principio, pues por excepción puede ocurrir que el trabajador no lo requiera y si el sentenciador en el caso examinado concluyó que ello era así resultaba improcedente reconocerlo".

En el caso concreto, aparece demostrado que la accionante no devengaba más de dos salarios mínimos, sin que se hubiera logrado acreditar que no requería el auxilio de transporte; aunado a ello, no se avizora que hubiera confesado la demandante que dentro de los \$40.000 que le pagaban diariamente, se encontrara incluido el auxilio de transporte, pues adujo que en ese rubro no sabía que estaba incluido, por lo que, en tales condiciones, resulta procedente su pago.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ la sentencia**, en el sentido de ADICIONAR que se condena a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de **\$922.158,70** por concepto de auxilio de transporte.

RELIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES.

Como consecuencia del reconocimiento del auxilio de transporte, resulta procedente la reliquidación del valor impuesto por concepto de prestaciones sociales; no se reajustan vacaciones ni aportes a pensión, dado que se calculan con el salario, no obstante, el subsidio de transporte no constituye salario, por demás que dicho auxilio no se paga cuando el trabajador se encuentra en vacaciones. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3030-2020, señaló:

“ (...) el auxilio de transporte no tiene naturaleza salarial ni prestacional, sino que es un auxilio económico con destinación específica, cuyo valor en dinero debe incluirse al salario para todos los efectos de la liquidación de prestaciones sociales (artículo 7° de la Ley 1° de 1963), con lo que se puede ver que el Tribunal incurrió en una imprecisión, pero en este caso, esa falencia no tiene la virtud de afectar la procedencia de la condena impuesta por este concepto, como tampoco afecta la viabilidad de la indemnización moratoria, toda vez que a la terminación del contrato el empleador adeudaba prestaciones sociales como por ejemplo el auxilio de cesantías”.

Aclarado lo anterior, y en vista que el auxilio de transporte se debe tener en cuenta para todos los efectos en la liquidación de prestaciones sociales, tenemos que se deben pagar las siguientes sumas de dinero:

Cesantías:	\$ 1'126.846,56
Intereses a las cesantías:	\$135.221,59
Prima de servicios:	\$1'126.846,56

En tales condiciones, se **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la sentencia, a fin de establecer los valores ahudidos por concepto de prestaciones sociales.

SANCIONES MORATORIAS.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Por otra parte, la sanción por no consignación de las cesantías se encuentra en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que dispone:

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

(...) 3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”.

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509** y la **SL1005-2021**).

Dicho lo anterior, la Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo y ordenó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, sin embargo, no accedió a la sanción moratoria, tras considerar desprovisto de mala fe el actuar del empleador, aspecto que avala la Sala.

En efecto, las pruebas militantes en las diligencias permiten considerar que el empleador tenía la convicción de estar actuando y cumpliendo con sus obligaciones de índole laboral, puesto que pagó lo que creía deber a su trabajadora; en efecto, nótese como los testigos Luis Humberto Reyes y Lili Jhoana Mejía Palmera son contestes en manifestar que a la accionante se le pagaba una suma de \$40.000, y que en ese valor se encontraba incluido todo los factores prestacionales de la demandante; que la actora al rendir el interrogatorio de parte no desconoció que no hubieran sumas adicionales al salario, pues manifestó que llegó a un acuerdo de pago por la suma de \$40.000, pese a que expresó que no sabía que se encontraba allí incluido; y que lo que se pactó con la trabajadora fue

el pago de una suma superior al salario mínimo con la finalidad de incluir un aporte adicional por concepto de prestaciones sociales.

De esta manera, la Sala no observa que la intención del empleador fuera desconocer los derechos laborales de la trabajadora o apropiarse de sus prestaciones sociales, pese a que a que su conducta no se ajustara a las previsiones y la forma de pago que establece el ordenamiento legal para efectuar tales reconocimientos, por demás que se evidencia que existió consentimiento de la accionante para que se le pagara la suma de \$40.000 diarios en tales condiciones.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR** la sentencia en el sentido de ADICIONAR que TERESA PARRA VILLABÓN debe pagar a GLORIA JUAQUINA LONDOÑO TRUJILLO la suma de **\$922.158,70** por concepto de **auxilio de transporte.**

SEGUNDO. - **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que, por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, se deben pagar las sumas de **\$1'126.846,56, \$135.221,59, y \$1'126.846,56,** respectivamente.

TERCERO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00049 -01

Demandante: **GLORIA JUAQUINA LONDOÑO TRUJILLO.**

Demandado: **TERESA PARRA VILLABÓN.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

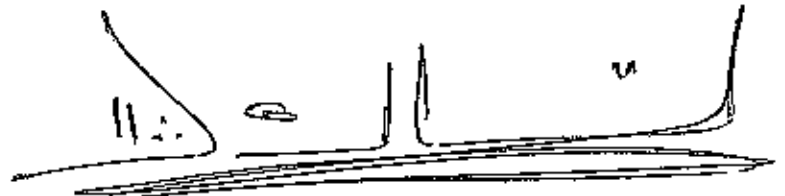
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de la parte actora y de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ALFREDO CHURI POPO** promoviese contra **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende el reconocimiento de las siguientes sumas de dinero: \$8'247.167 equivalente al mayor valor que resulta de la diferencia entre la suma pagada por incapacidades y el valor que debió recibir si se tuviera en cuenta el 100% del salario del accionante; la suma de \$15'035.567 equivalente al valor de las incapacidades causadas y no pagadas desde el 12 de diciembre de 2014 al 27 de febrero de 2016; y la suma de \$3'516.215 equivalente a la retroactividad de la pensión de invalidez desde el 27 de febrero al 30 de julio de 2016. Igualmente, solicita intereses moratorios, daños morales, e indexación.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: 1) Tuvo un accidente de trabajo el 24 de mayo de 2010, motivo por el que le fueron expedidas múltiples incapacidades temporales; 2) Durante los seis meses anteriores a la ocurrencia del accidente devengaba la suma promedio de \$855.900; 3) La entidad promotora de salud determinó que su incapacidad era de origen laboral; 4) Entre el 24 de mayo de 2010 y el 25 de marzo de 2013, la empleadora **COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA.**, pagó el valor mensual de las incapacidades en la suma de un 100% del salario, y siguió realizando sus aportes a seguridad social; 5) Colpensiones pagó las incapacidades hasta el 24 de octubre de 2013; 6) **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, pagó las incapacidades del 25 de octubre de 2013 al 12 de diciembre de 2014, empero en un valor inferior al realmente devengado; 7) El 14 de octubre de 2015, **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, notificó dictamen de pérdida de capacidad

laboral, por su patología, síndrome de manguito rotador derecho, estableciéndose que es una enfermedad de origen laboral, que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del **53,02%**, y que la fecha de estructuración es el 27 de febrero de 2015; **8)** El 20 de enero de 2016 solicitó pensión de invalidez, la que fue reconocida el 01 de agosto de 2016, a partir del 01 de abril de 2016, empero sólo hasta el 13 de septiembre de 2016 pudo efectuar su cobro; **9)** No recibió incapacidades entre el 13 de diciembre de 2014 y septiembre de 2016; **10)** El 01 de septiembre solicitó que su pensión de invalidez se reconociera desde el 27 de febrero de 2016; y **11)** Tuvo que pedir préstamos de dinero ante la falta de pago de sus incapacidades.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

2.1. POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (fls. 232 a 242), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, falta de causa jurídica, buena fe, y la genérica o innominada.

Indicó que no obran en el expediente prueba de las incapacidades temporales, por lo que no es dable el reconocimiento de las mismas; que operó la prescripción de las incapacidades que no fueron solicitadas dentro de los tres años siguientes a su causación; que el único legitimado para solicitar el reconocimiento de las incapacidades es el empleador, y no el demandante; y que el I.B.L. de prestaciones económicas es el promedio del último año o fracción.

2.2. VINCULACIÓN COOPERATIVA DE TRABAJO VELOTAX LTDA.

Mediante auto del 12 de febrero de 2018 se dispuso la vinculación de la **COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA.** (fl.259), quien no se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto no le constaban los hechos de la demanda (fls. 278 a 284). Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con el llamado litisconsorte necesario, y prescripción.

Adujo que las prestaciones asistenciales y económicas deben ser reconocidas y pagadas por la administradora a la que se encuentre afiliado el trabajador; y que afilió a su trabajador a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** realizando todos y cada uno de los aportes que estaban a su cargo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 13 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a reconocer y pagar a favor del actor, las sumas y conceptos que a continuación se indican:

- a) \$3'911.850 por incapacidades insolutas, suma que se indexará al momento de la causación hasta la fecha de su pago.
- b) \$1'921.576,44 por reliquidación de incapacidades pagadas por Colpensiones, cifra que se indexará desde la respectiva fecha de la sentencia hasta el momento de su pago.
- c) \$3'814.514,27 por reliquidación de incapacidades pagadas por la A.R.L. POSITIVA S.A. cifra que se indexará desde la respectiva fecha de la sentencia hasta el momento de su pago.

PARÁGRAFO: Se ordenan los aportes a la seguridad social en salud y pensión sobre la reliquidación de incapacidades, en la proporción correspondiente tanto al trabajador como al empleador, en los términos ordenados en la parte motiva.

- d) \$7'287.600 por retroactivo pensional, de las mesadas causadas desde el 28 de abril de 2015 al 31 de marzo de 2016.

PARÁGRAFO: Sobre el anterior retroactivo, se ordena el descuento de los aportes a la seguridad social en salud y pensión al pensionado, en los términos ordenados en la parte motiva.

e) **INTERESES MORATORIOS** señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las sumas adeudadas por mesadas pensionales atrasadas desde el 28 de abril de 2015 al 31 de marzo de 2016, a partir del 01 de agosto de 2016 hasta la fecha en que se efectúe el respectivo pago total de dicha prestación.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada por lo considerado.

CUARTO: ABSOLVER a la COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA. de las pretensiones incoadas por el actor.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la sociedad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y a favor del demandante y de la COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA.

En síntesis, refirió que no existe controversia en cuanto a que las patologías de la accionante son de origen laboral; que las incapacidades deben ser reconocidas en un 100% del salario desde el día siguiente a la ocurrencia del siniestro, conforme al artículo 3° de la Ley 776 de 2002; que no aparece acreditado que a la accionante se le hubieren proferido incapacidades más allá del 27 de abril de 2015; que no se acreditó el pago de las incapacidades causadas entre el 13 de diciembre de 2014 y el 27 de abril de 2015, por lo que hay lugar a su pago teniendo como salario base la suma de \$869.300; y que sobre este valor se deben hacer los correspondientes descuentos en salud y pensión.

Indicó que conforme al artículo 10° del Decreto 1771 de 1994 en caso de accidente de trabajo el I.B.L. de las incapacidades se determina del promedio de los últimos seis meses de cotización, por lo que con fundamento en los aportes realizados a riesgos laborales, el valor que se debió tener por concepto de I.B.L. era la suma de \$869.300; que por el anterior reajuste, hay lugar a reconocer diferencias de las incapacidades causadas entre el 27 de marzo y el 24 de octubre de 2013, y que reconoció Colpensiones, por valor de \$1'921.576,44; que la anterior suma se encuentra debidamente indexada a la fecha de

la sentencia; y que sobre este valor se deben hacer los correspondientes descuentos en salud y pensión.

Agregó que por las mismas razones anotadas, hay lugar al reajuste de las incapacidades reconocidas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. del 25 de octubre de 2013 al 12 de diciembre de 2014, por valor de \$3'814.514,27; y que la anterior suma se encuentra debidamente indexada a la fecha de la sentencia.

Manifestó que la fecha de estructuración de la invalidez fue el 27 de febrero de 2015; que la pensión de invalidez se reconoció a partir del 01 de abril de 2016; que por lo anterior habría lugar a reconocer la pensión desde el 27 de febrero de 2015 hasta el 31 de marzo de 2016, sino fuera porque se proferieron incapacidades hasta el 27 de abril de 2015, de manera que la prestación procede desde día siguiente, 28 de abril de 2015; que no se puede olvidar que el valor de la incapacidad es más alto que el de pensión de invalidez, pues en el primero, se paga el 100% del I.B.L.; y que del anterior retroactivo se deben efectuar los descuentos de salud y pensión.

Adujo que hay lugar a intereses moratorios, puesto que no se entiende porqué se pagó la prestación desde el 01 de abril de 2016 cuando la norma establece que se debe realizar desde la fecha de estructuración, y sólo de forma excepcional cuando se pagan incapacidades se debe reconocer desde el momento que se deja de pagar estas prestaciones económicas; que se deben pagar los intereses moratorios desde el 01 de agosto de 2016, esto es, dos meses posterior a la petición del 01 de junio del mismo año; y que no es dable condenar por concepto de daños morales, puesto que los intereses moratorios incluye los perjuicios que se podrían ocasionar, por demás que no resultan acreditados en juicio.

Concluyó expresando que en cabeza de la **COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA.**, no hay ningún tipo de prestación económica ni asistencial, por lo que no es dable imponer condena en su contra; y que no operó la excepción de prescripción, ya que, se reclamó el 21 de septiembre de 2016, y las incapacidades se resolvieron de forma definitiva el 26 de octubre de 2016.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE DEMANDANTE.

Manifestó que se deben reconocer daños morales, por cuanto el accionante debió esperar todo un proceso judicial para el pago de su retroactivo y de sus incapacidades, por demás que los intereses moratorios no tienen el alcance de resarcir daños morales; y que no se estudió los intereses moratorios frente a las incapacidades, los que pueden ser objeto de condena, dado que no existe justificación alguna para que la entidad demandada se abstuviera de reconocer las prestaciones, más aún cuando se reclamó su pago sin que se lograra su reconocimiento.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Señaló que no se hizo un estudio de la prescripción frente a las incapacidades sino únicamente respecto al retroactivo; que la legislación de riesgos laborales establece un año como termino para exigir las correspondientes prestaciones económicas; y que al reclamarse el 21 de septiembre de 2016 se extinguieron las incapacidades que se causaron con anterioridad al mismo día y mes de 2015.

Indicó que el I.B.C. sobre el que se efectuaron las cotizaciones del actor para determinar el I.B.L., eran inferiores a los que determinó el A Quo; que no se entiende porqué se deben reajustar unas incapacidades que en su momento fueron

asumidas por COLPENSIONES; que no tiene razón de ser el reconocimiento de incapacidades temporales cuando el trabajador se encuentra laborando, pues de lo contrario se estaría recibiendo doble erogación.

Finalizó señalando que frente al retroactivo pensional se desconoce el I.B.C. que tomó el A Quo para reconocerlo, pues el reportando ante la A.R.L. fue inferior; que no hay lugar a intereses moratorios, ya que, se logró acreditar que el actor se encontraba trabajando; y que no hay lugar a costas por lo anteriormente planteado, así como tampoco porque fue el empleador quien no reportó en debida forma la base salarial del accionante, de manera que, tuvo sentido la vinculación como litisconsorte necesario de la COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 26 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora y de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar al reconocimiento de incapacidades temporales insolutas; si las incapacidades objeto de condena se encuentran debidamente reconocidas y de conformidad con el I.B.L. que establece la normatividad que rige la materia; si operó la excepción de prescripción; si hay lugar a intereses moratorios; si es posible imputar condena por concepto de daños morales; y si resulta plausible la imposición de costas.

DE LAS INCAPACIDADES TEMPORALES EN EL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES.

El sistema de riesgos laborales está concebido básicamente como de aseguramiento. De este modo, el empleador se asimila al tomador del seguro, de allí que es a quien le compete escoger la entidad que debe cubrir los riesgos y asumir totalmente el pago de la prima de aseguramiento o cotización; a su turno, la aseguradora es la Administradora de Riesgos Laborales, el asegurado el trabajador, los beneficiarios en caso de fallecimiento, quienes integran su núcleo familiar, el riesgo asegurado es la contingencia producto del accidente de trabajo o la enfermedad profesional y sus beneficios se concretan en las prestaciones asistenciales y económicas señaladas en la ley, entre otras, rehabilitación física y profesional, asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica, subsidio por incapacidad temporal, pensión de invalidez o sobrevivientes y auxilio funerario (sentencia del 23 de febrero de 2010, Rad. 33265).

De esta manera, las consecuencias de la materialización de los riesgos laborales están a cargo del empleador desde el inicio de la relación laboral. Empero, para subrogar el siniestro, le corresponde asegurar a sus trabajadores mediante la afiliación a una administradora de riesgos laborales, y pagar las

cotizaciones, de modo que, tales entidades tendrán a su cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas y asistenciales previstas en la Ley para amparar las consecuencias derivadas de los sucesos amparados.

De lo expuesto, se desprende que, la cobertura del sistema está supeditada al cumplimiento del acto jurídico formal de la afiliación, el que, tratándose de trabajadores dependientes está a cargo exclusivo del empleador y, con el cual, es posible que opere la subrogación de la responsabilidad al sistema integral de seguridad social que en tratándose de prestaciones económicas originadas en un accidente de trabajo o enfermedad laboral corresponde al sistema general de riesgos laborales. Al respecto, el artículo 1º de la Ley 776 de 2002 establece:

“ARTÍCULO 1º. DERECHO A LAS PRESTACIONES. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.

PARÁGRAFO 1º. <Declarado INEXEQUIBLE>.

PARÁGRAFO 2º. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación”.

Sobre el tópico, la H. Corte Constitucional en sentencia T-468 de 2010 establece:

“En el caso de las incapacidades que tienen su origen en una enfermedad o accidente laboral, la situación es más fácil de comprender, ya que la Administradora de Riesgos Profesionales asume el pago de todas las prestaciones a que haya lugar desde el primer día, hasta que la persona quede integralmente rehabilitada y por tanto reincorporada al trabajo; se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice, o en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, en este caso se reconocerá su pensión de invalidez.

Vistas las dos fuentes de donde pueden originarse las incapacidades de los trabajadores, resulta necesario instar a las entidades del Sistema Integral de Seguridad Social para que cooperen mancomunadamente entre sí y con la Junta Regional y Nacional de calificación de Invalidez con el fin de que se pueda establecer de manera fidedigna el origen de las patologías que generen una incapacidad; ya que de dicha calificación nacen grandes diferencias para la protección del trabajador, no sólo desde el punto de vista cuantitativas, sino también cualitativas. Es por ello que resulta necesaria la cooperación entre entidades del sistema integral del sistema de seguridad social con el fin de brindar la información precisa a las juntas regionales de invalidez para que estas puedan establecer de manera fidedigna el origen de la patología que generó la incapacidad, ya que de dicha calificación surgen grandes diferencias en la protección del trabajador, no sólo desde el punto de vista cuantitativas, sino también cualitativas".

Ahora bien, en lo referente a la incapacidad temporal el artículo 2° de la Ley 776 de 2002 señala que es *"aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado"*; y para establecer su **monto** es necesario remitirse al artículo 3° *ejusdem*, norma que reza:

"ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL. Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los periodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.

Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional". (Negrillas por la Sala).

Así mismo, el artículo 10° del Decreto 1771 de 1994, la forma de establecer el ingreso base de liquidación de las prestaciones económicas previstas en el sistema de riesgos laborales, como lo son las incapacidades temporales:

“Artículo 10. Ingreso base de liquidación de prestaciones económicas. Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas previstas en el Sistema General de Riesgos Profesionales:

a) Para accidentes de trabajo.

El promedio de los seis meses anteriores, o fracción de meses si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior, de la base de cotización declarada e inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado;

b) Para enfermedad profesional.

El promedio del último año, o fracción de año si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior, de la base de cotización obtenida en la empresa donde se diagnosticó la enfermedad, declarada e inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado”.

Por otra parte, y en relación con la **prescripción** de las prestaciones económicas que se generan en el sistema de riesgos laborales, la Ley 1562 de 2012 recogió la prescripción de un año que establecía la Ley 776 de 2002, estableciendo en el artículo 22, lo siguiente:

“Artículo 22. Prescripción. Las mesadas pensionales y las demás prestaciones establecidas en el Sistema General de Riesgos Profesionales prescriben en el término de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se genere, concrete y determine el derecho”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo acontecido en el proceso:

- i) Alfredo Churi Popo entre el 01 de noviembre de 2009 y el 30 de mayo de 2010 laboró para la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda, teniendo una asignación mensual variable (fls. 34 a 48, 105 a 109, 186 a 189, y 245 a 248).
- ii) El 24 de mayo de 2010, el accionante sufrió un accidente de trabajo (fls. 31 a 33).

- iii) Entre 03 de junio de 2010 y el 27 de abril de 2015 le fueron expedidas incapacidades al demandante (fls. 27 a 29, 51 a 60, 110 a 166, 250 a 253).
- iv) El 30 de julio de 2013, mediante sentencia de tutela ante la falta de prueba del origen de las patologías que generaron las incapacidades emitidas por el médico tratante, se le ordenó a Colpensiones pagar las generadas entre el 01 de abril y el 10 de julio de 2013, y las que en adelante sean otorgadas (fls. 291 y 292).
- v) Mediante Resolución 518 de 02 de julio de 2014, Colpensiones pagó al actor las incapacidades del 27 de marzo al 10 de octubre de 2013 (fls. 49 y 50).
- vi) A través de auto del 16 de septiembre de 2014, en incidente de desacato iniciado contra la sentencia de tutela proferida el 30 de julio de 2013, se determinó que al poderse establecer que el origen de la patología que generó las incapacidades del actor era un accidente de trabajo Colpensiones no tenía a su cargo la prestación, y que dicha entidad podía iniciar las acciones de cobro contra el ente responsable de las incapacidades (fls. 291 y 292)
- vii) El 11 de junio de 2014, Nueva E.P.S. calificó el origen de la patología del accionante, Síndrome de Maguito Rotador, como de origen laboral (fls. 30 a 33).
- viii) El 22 de septiembre de 2014, Colpensiones le indicó al actor que mediante Resolución 653 de 2014 se ordenó el pago de la incapacidad del 25 de junio al 24 de julio de 2014 (fls. 25 y 26).
- ix) El 23 de octubre de 2014, el accionante solicitó el pago de sus incapacidades
- x) El 02 de febrero de 2015, el actor solicitó a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. el pago de las incapacidades generadas desde el 23 de enero de 2014 hasta el 23 de diciembre de 2014, reiterando las solicitudes que frente a tales incapacidades efectuó el

23 de octubre de 2014 y el 14 de enero de 2015 (fls. 68 a 73).

- xi)** El 20 de mayo de 2015 mediante acción de tutela se ordenó a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. el pago de las incapacidades prescritas del 26 de febrero al 12 de marzo de 2015, y del 14 de marzo al 28 de marzo de 2015 (fls. 100 a 104).
- xii)** El 22 de abril y el 27 de mayo de 2015, el accionante solicitó la calificación de su pérdida de capacidad laboral del actor a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (fls. 61 a 66 y 74 a 78).
- xiii)** El 14 de octubre de 2015, le fue notificado dictamen de pérdida de capacidad laboral en un 53,02%, por lo que, el actor solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez el 20 de enero de 2016, lo que reiteró el 11 de abril del mismo año (fls. 79 a 85).
- xiv)** El 27 de abril de 2016, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. informó que no se allegó toda la documentación necesaria para establecer si hay lugar al reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del actor, por lo que, el 31 de mayo de 2016, el demandante reiteró su solicitud adjuntando la documentación requerida (fls. 86 a 95).
- xv)** El 07 de julio de 2016, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. informó que reconocía la prestación de invalidez, y que esta ingresaría en la nómina de julio de 2016 (fl.96).
- xvi)** El 26 de julio de 2016, el actor solicitó su inclusión en nómina; lo que reiteró el 11 de septiembre de 2016 (fls.97 y 167 a 170).
- xvii)** El 29 de julio de 2016, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. ordenó el pago de la pensión de invalidez a partir del 01 de abril de 2016, en la medida que el accionante se encontraba laborando (fl.171 a 174).

- xviii)** El 02 de septiembre de 2016, el demandante elevó queja ante la Superintendencia Financiera por la dilatación en el reconocimiento prestacional (fls. 175 y 176)
- xix)** El 21 de septiembre de 2016, el actor solicitó el pago de sus incapacidades sobre el 100% de su salario, las incapacidades insolutas, y el retroactivo de su pensión de invalidez desde el 27 de febrero de 2016 (fls. 8 a 22); la que fue negada el 26 de octubre de 2016 (fls. 177 a 184).

Pues bien. Del análisis integral de los documentos aludidos es claro que el accionante estuvo incapacitado desde el 01 de junio de 2010, que obran incapacidades hasta el 27 de abril de 2015, y que el origen de su pérdida de capacidad es de origen laboral. Por tanto, es dable establecer, que hay lugar al reconocimiento de incapacidades temporales hasta el 27 de abril de 2015, reconocimiento prestacional que le corresponde a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, desde el día siguiente de la ocurrencia del accidente de trabajo, de conformidad con los artículos 1° a 3° de la Ley 776 de 2002 antes referidos.

Al punto se aclara que si bien Colpensiones reconoció el pago de incapacidades por orden judicial, ello obedeció a la imperiosa necesidad de proteger los derechos fundamentales del accionante, como lo es el mínimo vital, salud, vida digna, ante la falta de reconocimiento de tales prestaciones económicas, recuérdese que ante disputa de quién debe asumir las prestaciones entre las entidades que componen el sistema de seguridad integral es de carácter eminentemente técnico, no puede poner en riesgo las condiciones mínimas de existencia de la persona objeto de incapacidad y de su familia, mientras exista la certeza de que el peticionario tiene derecho a recibir el pago de las prestaciones económicas, por lo que provisionalmente se puede establecer en cabeza de una entidad su pago, quien podrá

posteriormente solicitar su reembolso. Sobre el tópico, la H. Corte Constitucional en sentencia T-786 de 2009, dijo:

"Como puede evidenciarse, existe una controversia interna de carácter administrativo y particular, entre la EPS Saludcoop y la ARP Seguros Bolívar, acerca del origen de las incapacidades que le fueron dictaminadas al tutelante después del catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008). Esta controversia impide señalar, sin lugar a dudas, quién es el sujeto verdaderamente obligado al pago de las incapacidades reclamadas. Pero, lo cierto es que una disputa como esa, de carácter eminentemente técnico, no puede poner en riesgo las condiciones mínimas de existencia del tutelante y de su familia, mientras exista la certeza de que el peticionario tiene derecho a recibir el pago de las prestaciones económicas. En ese contexto, el juez puede señalar transitoriamente un responsable provisional de las mismas, sin que dicha definición suponga una determinación inmodificable, en el futuro, del sujeto que está legal y reglamentariamente obligado a responder por ellas. Al ser provisional, la definición del juez de tutela deja intacta la posibilidad de que, eventualmente, el sujeto involucrado por la orden de protección, adelante, si está en desacuerdo con la decisión, el proceso correspondiente encaminado a obtener, de quien cree que está legal y reglamentariamente obligado a ello, el reembolso de las sumas entregadas al tutelante por la incapacidad laboral.

Ahora bien, el hecho de que la definición sea provisional no quiere decir que sea arbitraria. Como quedó expuesto en la consideración 3.4 de esta providencia, hay una serie de criterios y de reglas legales y jurisprudenciales para definir, cuando menos *prima facie*, quién está obligado a correr con las incapacidades laborales. Tras aplicar esos criterios a este caso, puede concluirse, en primer lugar, que la ARP no está en principio obligada a correr con las incapacidades, porque la enfermedad concreta que se reputa causante de las mismas no ha sido calificada específicamente, de acuerdo con el procedimiento legal, como de origen profesional. Mientras no haya una determinación puntual definitiva en ese aspecto, la enfermedad se reputa de origen común. Queda por determinar si el responsable provisional de pagar las incapacidades laborales por enfermedad de origen común es el empleador o la EPS Saludcoop.

Al respecto, también quedó definido que por regla general la EPS a la cual se encuentre afiliado el trabajador, debe correr con las prestaciones económicas por incapacidades laborales. La responsabilidad que por ese motivo le corresponde al empleador es excepcional, y tiene lugar en casos típicos, definidos por la ley y analizados por la jurisprudencia, de afiliación tardía del trabajador a la seguridad social; o de incursión del empleador en mora en el pago de las cotizaciones, cuando la EPS no se allana a ella; o de omisión en el suministro de la información pertinente relacionada con la incapacidad concreta del trabajador; o de enfermedades de origen común que tengan ocurrencia sin que el trabajador haya completado el número

mínimo de semanas cotizadas para adquirir el derecho a que la EPS le pague las prestaciones económicas por incapacidad. En el caso bajo estudio, como no se presenta ninguna de las referidas hipótesis, es razonable concluir que la responsable transitoria de pagar las prestaciones económicas por incapacidad es la EPS Saludcoop.

En consecuencia, la Corte Constitucional ordenará a Saludcoop EPS que en el término de las cuarenta y ocho (48) hora siguientes a la notificación de esta Sentencia, si aún no lo ha hecho, proceda a efectuar el pago por ciento ochenta (180) de los días en que el tutelante estuvo incapacitado para trabajar, contando desde el catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008). Es cierto que las incapacidades laborales del trabajador desde el catorce (14) de agosto de dos mil ocho, se causaron por incapacidades médicas superiores a los ciento ochenta (180) días, pero la ley sólo faculta al trabajador para solicitar incapacidades hasta por ese número de días (art. 227, C.S.T.). Con todo, la EPS quedará facultada para iniciar el trámite encaminado a definir el origen real y verdadero de la enfermedad que ocasionó esas incapacidades en particular. Si, tras conocer el resultado definitivo sobre el origen de la enfermedad, Saludcoop concluye que ha debido ser otro el responsable por el pago de las referidas incapacidades, estará habilitado para repetir contra él.

En consecuencia, las obligaciones que en principio se impusieron a cargo de **COLPENSIONES**, se debieron reconocer por **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, por lo que le asiste razón al juez de primera instancia en adjudicar el reconocimiento de las incapacidades insolutas como de las que arrojaron una diferencia como consecuencia del reajuste del I.B.L. a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, entidad que por demás no acreditó que el accionante hubiera estado laborando durante el tiempo en que estuvo incapacitado para abstenerse de reconocer tal prestación económica.

Ahora bien, y en relación con el I.B.L. que se determinó por el A Quo para liquidar las incapacidades, es necesario remitirse al artículo 10° del Decreto 1771 de 1994, norma que establece que frente a un accidente de trabajo se debe tener en cuenta el promedio de los seis meses anteriores, o fracción de meses si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior, de la base de cotización declarada e inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado.

De esta manera, la Sala se remite a la documental de folios 186 a 189, en donde aparecen los I.B.C. declarados ante POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., pudiéndose extraer un promedio salarial de **\$869.633,33**, valor similar al establecido por el A Quo, esto es, **\$869.300**, tal y como se verá a continuación:

Meses	Días	I.B.C.
nov-09	6	\$ 808,000,00
dic-09	30	\$ 852,000,00
ene-10	30	\$ 845,000,00
feb-10	30	\$ 949,000,00
mar-10	30	\$ 915,000,00
abr-10	30	\$ 872,000,00
may-10	24	\$ 829,000,00
	180	\$ 869.633,33

Así las cosas, se confirmará el I.B.C. teniendo en cuenta por el juez de primera instancia, pues si bien el valor que se tuvo en esta instancia es ligeramente superior, lo cierto es que no fue objeto de apelación por la parte actora sino por el contrario por **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, por lo que en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no es dable su modificación.

Por otra parte, y en relación con la excepción de **prescripción**, encuentra la Sala que el primer reajuste que se ordenó por el juez de primera instancia, recae sobre las incapacidades causadas desde el 27 de marzo de 2013 al 24 de octubre de 2013, las que se reconocieron mediante la Resolución 518 de 2014, acto administrativo que data del 02 de julio de 2014, por lo que se debió demandar dentro de los tres años siguientes a la expedición de tal resolución, tal y como ocurrió en el asunto, ya que se demandó el 08 de febrero de 2017 (fl.207); téngase en cuenta que para la fecha de causación de las incapacidades ya estaba vigente la Ley 1562 de 2012.

En relación con el reajuste de incapacidades e incapacidades insolutas causadas desde el 25 de octubre de 2013, basta con enunciar que se elevó reclamación

administrativa el 26 de septiembre de 2016, esto es, dentro de los tres años siguientes a su causación, por lo que resulta diáfano que no operó el fenómeno prescriptivo.

En lo referente a **intereses moratorios**, el inciso quinto del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, establece:

“Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los **dos (2) meses** siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. **Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio** igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar. (Negrillas por la Sala).

De esta manera, y dado que no se encuentra justificación en el actuar de la accionada, por cuanto se abstuvo de efectuar el reconocimiento de las incapacidades laborales, el demandante tuvo que recurrir reiteradamente a acciones de tutela para lograr el pago de sus prestaciones económicas, y sólo a través de esta sentencia se logra concretar el pago de las incapacidades del 13 de diciembre de 2014 al 27 de abril de 2015. Por tanto, y dado que el reajuste de las incapacidades y de las incapacidades insolutas se solicitó con la reclamación del 21 de septiembre de 2016, se ordenará el pago de los correspondientes intereses moratorios de que trata el inciso quinto del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, a partir del **21 de noviembre de 2016** (fecha en la que el interés moratorio es 27,14%, como se verá más adelante) hasta que se haga efectivo su pago.

Como consecuencia de lo anterior, se **MODIFICARÁ el literal a) del numeral primero** de la sentencia, en cuanto estableció que la suma de \$3'911.850 se indexará desde el momento de su causación hasta la fecha de su pago, para en su lugar establecer que se ordena el pago de la suma de \$3'911.850, junto con los respectivos intereses moratorios sobre tal suma, los

que se deberán calcular desde 21 de noviembre de 2016 hasta que se haga efectivo su pago.

Por otra parte, y dado que el juez de primera instancia señaló que las incapacidades reconocidas por Colpensiones y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. del 27 de marzo de 2013 al 27 de abril de 2015, ya se encuentran indexadas a la fecha de la sentencia, y que dicha condena es incompatible con la de intereses moratorios, se hace necesario establecer el valor las diferencias sin actualización y calcular los intereses moratorios a la fecha de la sentencia, 13 de octubre de 2020, data para la cual se presentan 1403 días de mora. Así, se tiene que:

Inicio	Final	Días	Valor diario	Valor mensual	Valor pagado	Diferencia	Intereses moratorios	Interés diario	Días mora	Valor de los intereses de mora
27/03/2013	25/04/2013	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 237.077,29
25/04/2013	15/05/2013	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 237.077,29
27/05/2013	10/08/2013	15	\$ 28.976,67	\$ 434.650,00	\$ 308.000,00	\$ 126.650,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 118.538,64
11/08/2013	10/07/2013	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 237.077,29
11/07/2013	9/08/2013	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 237.077,29
10/08/2013	8/09/2013	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 237.077,29
10/09/2013	9/10/2013	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 237.077,29
10/10/2013	24/10/2013	15	\$ 28.976,67	\$ 434.650,00	\$ 308.000,00	\$ 126.650,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 118.538,64
Total						\$ 1'773.100,00				\$ 1'559.541,00
Suma diferencia + mora										\$ 3'432.641,00

Así las cosas, se **MODIFICARÁ** el literal b) del numeral **primero** de la sentencia, en cuanto estableció el pago de \$1'.921,576,44 por reliquidación de incapacidades pagadas por Colpensiones, cifra que se indexará desde la fecha de la respectiva sentencia hasta el momento de su pago, para en su lugar establecer que se ordena el pago de la suma de **\$3'432.641** por reliquidación de incapacidades pagadas por Colpensiones, suma que incluye los intereses causados hasta la fecha de la sentencia, y que seguirá causando intereses moratorios hasta que se haga efectivo su pago, los que se deberán calcular desde el 21 de noviembre de 2016 hasta que se haga efectivo su pago.

Finalmente, y en relación con los intereses moratorios por reliquidación de las incapacidades pagadas por **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS**, se tiene que:

Inicio	Final	Días	Valor diario	Valor mensual	Valor pagado	Diferencia	Intereses moratorios	Interés diario	Días mora	Valor de los intereses de mora
25/10/2015	23/11/2013	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 589.500,00	\$ 279.800,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 551.745,20
25/11/2013	24/12/2013	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 589.500,00	\$ 279.800,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 551.745,20
25/12/2013	24/01/2014	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 589.500,00	\$ 279.800,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 551.745,20
25/01/2014	23/02/2014	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 576.548,00
24/02/2014	25/03/2014	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 576.548,00
26/03/2014	24/04/2014	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 576.548,00
25/04/2014	25/04/2014	1	\$ 28.976,67	\$ 28.976,67	\$ 20.533,00	\$ 8.443,67	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 19.217,95
26/04/2014	25/05/2014	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 576.548,00
25/06/2014	24/07/2014	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 576.548,00
16/05/2014	24/06/2014	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.000,00	\$ 253.300,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 576.548,00
13/11/2014	12/12/2014	30	\$ 28.976,67	\$ 869.300,00	\$ 616.001,00	\$ 253.299,00	27,14%	0,0667%	1.403	\$ 576.548,84
				\$ 8.721.976,67	\$ 6.101.034,00	\$ 2.620.942,67				\$ 5.710.290,50
Suma diferencia + mora										\$ 8.331.233,17

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el literal c) del numeral primero** de la sentencia, en cuanto estableció el pago de \$3'814.514,27 por reliquidación de incapacidades pagadas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., cifra que se indexará desde la fecha de la respectiva sentencia hasta el momento de su pago, para en su lugar establecer que se ordena el pago de la suma de **\$8'331.233,17** por reliquidación de incapacidades pagadas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., suma que incluye los intereses causados hasta la fecha de la sentencia, y que seguirá causando intereses moratorios hasta que se haga efectivo su pago, los que se deberán calcular desde el 21 de noviembre de 2016 hasta que se haga efectivo su pago.

Al punto, se aclara que para liquidar los intereses moratorios se tuvo en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 635 del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) modificado por el artículo 141 de la Ley 1607 de 2012, norma vigente para la época de los hechos, recuérdese que de conformidad con el artículo 1° de la Ley 776 de 2002, el interés moratorio es igual al que rige para el impuesto de renta y

complementarios en proporción a la duración de la mora. El artículo 141 de la Ley 1607 de 2012, señala:

“Para efectos de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el interés moratorio se liquidará diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo.”.

En cuanto a la condena por concepto de **intereses moratorios por concepto de retroactivo de pensión de vejez**, se considera acertado su reconocimiento por las mismas razones expuestas frente a las incapacidades temporales insolutas y sus diferencias, aunado a que no se entiende por qué se reconoció la prestación desde el 01 de abril de 2016 cuando la pensión de invalidez debe ser reconocida desde la misma fecha de estructuración de la invalidez, o a partir del momento en que cese el reconocimiento de incapacidades, que como quedó visto lo fue le 27 de abril de 2015, por lo que, como lo expuso acertadamente el A Quo se debió reconocer la pensión desde el día siguiente. En lo referente a los intereses moratorios el artículo 95 de la Ley 1295 de 1995 señala:

“ARTICULO 95. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de agosto de 1994, en caso de mora en el pago de la mesadas pensionales de que trata este decreto, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificado por la Superintendencia Bancaria, para el período correspondiente al momento en que se efectúa el pago”.

Finalmente, y en relación con los **daños morales** la Sala encuentra que no obra prueba que dé cuenta de los perjuicios que se causaron al accionante, pues si bien es cierto acudieron en calidad de testigos los señores John Jairo Ayala, Bertulfo Debía Alfaro, José Vicente Cerrato Gordillo, quienes dieron cuenta del estado de salud del accionante, de su dichos no se logra extraer con certeza el perjuicio que se pretende, pues además de ser testigos indirectos puesto que basan sus

declaraciones en lo que el mismo accionante les comentaba, los mismos deducen sus problemas económicas de los préstamos de dinero que les solicitaba.

En efecto, **Jhon Jairo Ayala** señaló que conocía al demandante porque frecuentaba una tienda donde le fiaban mercado, desde hace ocho años; que conozco muy poco a su familia; que desde que conoce al demandante siempre he sabido de la enfermedad del actor; que lo que el actor le dijo es que tuvo un accidente laboral; que desde que conoce al actor sabe que está mal económicamente porque le he venido prestando dinero; y que el actor le ha pagado esa plata; que la esposa del actor le comentó a la de él que tenía problemas económicos.

Bertulfo Debía Alfaro dijo que conoció al demandante desde hace cinco años en el lugar donde se congregan; que conoce a la esposa y a sus dos hijos; que el actor le comentó que había tenido un accidente laboral; que desde que conoció al actor, yo sabía que no tenía un ingreso de la empresa porque sabía que no le habían pagado sus incapacidades; y que el actor afrontó dificultades económicas porque de vez en cuando pedía prestado.

Finalmente, **José Vicente Cerrato Gordillo** indicó que es amigo del actor desde hace tiempo, 15 años; que sabe del accidente porque el actor le comentó; que el actor es cabeza de familia, la que está compuesta de su esposa y dos hijos; que no creía que el actor trabajara durante la época de su enfermedad, porque se vio mal económicamente desde eso; y que el demandante le contó de problemas de plata, y le pidió prestado dinero.

Así las cosas, el único perjuicio que se podría reclamar es por el eventual daño que hubiere podido surge como consecuencia en la demora en el pago de las incapacidades, lo que ya fue objeto de resarcimiento a través de los intereses moratorios, tal y como lo advirtió el A Quo.

COSTAS.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en **costas** a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, es tal entidad la llamada a asumir tal carga. Por las mismas razones resulta procedente el pago de costas a cargo de dicha entidad por la vinculación de la **COOPERATIVA DE TRABAJO VELOTAX LTDA.**, pues fue la persona que la llamó a juicio.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR** el literal a) del numeral primero de la sentencia, en cuanto estableció que la suma de \$3'911.850 se indexará desde el momento de su causación hasta la fecha de su pago, para en su lugar establecer que se ordena el pago de la suma de **\$3'911.850**, junto con los respectivos **intereses moratorios** sobre tal suma, los que se deberán calcular desde 21 de noviembre de 2016 hasta que se haga efectivo su pago.

SEGUNDO – MODIFICAR el literal b) del numeral primero de la sentencia, en cuanto estableció el pago de \$1'921,576,44 por reliquidación de incapacidades pagadas por Colpensiones, cifra que se indexará desde la fecha de la respectiva sentencia hasta el momento de su pago, para en su lugar establecer que se ordena el pago de la suma de **\$3'432.641** por reliquidación de incapacidades pagadas por Colpensiones, suma que incluye los intereses causados hasta la fecha de la sentencia, y que seguirá causando **intereses moratorios** hasta que se haga efectivo su pago, los que se deberán calcular desde el 21 de noviembre de 2016 hasta que se haga efectivo su pago.

TERCERO– MODIFICAR el literal c) del numeral primero de la sentencia, en cuanto estableció el pago de \$3'814.514,27 por reliquidación de incapacidades pagadas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., cifra que se indexará desde la fecha de la respectiva sentencia hasta el momento de su pago, para en su lugar establecer que se ordena el pago de la suma de **\$8'331.233,17** por reliquidación de incapacidades pagadas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., suma que incluye los intereses causados hasta la fecha de la sentencia, y que seguirá causando **intereses moratorios** hasta que se haga efectivo su pago, los que se deberán calcular desde el 21 de noviembre de 2016 hasta que se haga efectivo su pago.

CUARTO– CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO– Costas en esta instancia a cargo de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Demandante: **ALFREDO CHURI POPO.**

Demandado: **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310503320180011501

Demandante: **NELBA LILY SUÁREZ ROMERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. IVAN DARIO BLANCO ROJAS, identificado con C.C. No. 80.221.256 y T.P. No. 205.113 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferida.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica al doctor JHON JAIRO RODRÍGUEZ BERNAL, identificado con C.C. No. 1.070.967.487 y T.P. No. 325.589 del C.S. de la J., como apoderado sustituto de Protección S.A., en los términos y para los fines indicados en el respectivo certificado de existencia y representación legal de la firma Godoy Córdoba Abogados S.A.S.

II. SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las

demandadas **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **NELBA LILY SUÁREZ ROMERO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

III. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” de del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado a través de Protección S.A. y como consecuencia de ello ordenar a este último el traslado a Colpensiones de los aportes realizados y a esta aceptar la vinculación de la accionante.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 22 de junio de 1961; 2) Cotizó al ISS desde el 25 de septiembre de 1981; 3) Realizó traslado al RAIS administrado por Protección S.A. el 01 de octubre de 1999; 4) El día 24 de julio de 2017 recibió una proyección pensional por parte de Protección S.A.; 5) Consultó a un actuario, quien le indicó que su mesada en el RAIS sería muy inferior a la que recibiría en Colpensiones; 6) Radicó solicitud de traslado de aportes ante Colpensiones, la cual fue rechazada el 11 de enero de 2018, por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse; 7) Cuando realizó el traslado a Protección tenía cotizadas al RPM 873.29 semanas; 8) Protección S.A., al momento de realizarle la afiliación no le suministró una información real de las consecuencias futuras del traslado; 9) La AFP la indujo a engaño al señalarle una serie de ventajas que realmente no posee el RAIS, además le generó unas falsas expectativas al indicarle que la mesada pensional que recibiría en dicha entidad equivaldría al triple de los que podría percibir en el RPM; 10) Protección S.A. faltó al deber de información que debía observar, máxime cuando la decisión conllevaba consecuencias futuras; 11) Protección S.A. no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que percibiría en el RPM, tampoco elaboró una proyección financiera y tampoco realizó un parámetro comparativo entre los dos regímenes; 12) Solicitó el traslado del fondo privado al RPM; 13) Cuando solicitó el traslado contaba con 57 años.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 22-42) se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Expuso que, en virtud de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Protección S.A., resaltando que la misma se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar dicho traslado.

Adujo que a la demandante no se le ha violado ninguna expectativa legítima de pensión, pues no es beneficiaria del régimen de transición, pues al 1° de abril de 1994 no contaba con 35 años de edad y tampoco con 15 años de servicios cotizados, por lo que no es procedente regresar al RPM.

Respecto de la proyección presentada con la demanda, indicó que el momento pensional en el RAIS también depende de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante de la economía por lo que incierto resulta establecer un posible monto que le permitiera a la demandante en ese momento del traslado (año 1999), evaluar cuál sería a futuro el régimen más favorable y en tal medida, no se puede afirmar que el silencio de Protección S.A. en estos aspectos, constituya falta en el deber de información.

Precisó que las características, condiciones y modalidades pensionales propias del RAIS se encuentran consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que, por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa.

Finalizó indicando que, sin reconocer los hechos y pretensiones de la acción, cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrita.

PROTECCIÓN S.A., (fls. 53-79) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

En resumen, adujo, que las disposiciones normativas que regulan el RAIS y el RPM son claras en señalar cuáles son las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, por lo que no resulta viable que en la suscripción del formulario de vinculación y traslado del RPM al RAIS realizado por Colmena hoy Protección S.A. se hubiese podido configurar un error de derecho sobre la especie del acto o del objeto, o un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Expuso que, de aceptarse la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante, lo cierto es que el mismo solo tiene la facultad de generar una nulidad relativa y no absoluta.

Adujo que, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuenta con efectos erga omnes, las tesis sostenidas por esta Corporación únicamente le serán aplicables a aquellos casos análogos, esto es, a aquellos que guarden similitud fáctica con los casos estudiados en la Corte, lo que no sucede en este caso.

Finalizó diciendo que es indispensable señalar que las obligaciones generales y especiales vigentes para Colmena hoy Protección S.A. al momento de realizar el traslado inicial de régimen pensional de la demandante, se encuentran establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de las cuales no se establece el deber de información alegado por la demandante.

2. SENTENCIA APELADA

El A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Protección S.A. y con esto a la afiliación realizada a la Sra. Nelba Lily Suárez Romero el 6 de agosto de 1999, con efectos a partir del 1° de octubre de 1999.

Segundo: Declarar que la señora Nelba Lily Suárez Romero actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Tercero: Ordenar Protección S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la Sra. Nelba Lily Suárez Romero Colpensiones, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración.

Cuarto: Ordenar a Colpensiones a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. Nelba Lily Suárez Romero.

Quinto: Condenar a Protección S.A., a pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, las cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio. Conminar a Colpensiones a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiere lugar.

Sexto: Declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, compensación, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.
(...)"

El *a quo*, indicó que la accionante se afilió el 6 de agosto de 1999, de lo que se tiene que la normativa en las etapas del deber de información será el Decreto 663 de 1993, los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 11 del Decreto 1192 de 1994, el artículo 1064 del Código Civil y el artículo 12 de la ley 720 de 2012.

Expuso que el deber de información es ineludible y por tal razón le corresponde a las entidades reconocerlo desde el momento en que se crearon los fondos de pensiones, con las observaciones pertinentes en torno a la gradualidad que en el tiempo se dio para cumplir con ese deber de información, ahora, en cuanto al consentimiento informado, el formulario de afiliación es uno de los elementos que permite inferir que hay una voluntad en el traslado.

Indicó que, al verificar ese formulario de afiliación suscrito por la accionante, tiene la manifestación de voluntad de selección de régimen y afiliación al RAIS, por lo que al analizar dicho documento para determinar si allí hay un consentimiento informado, se tiene que en el mismo está la frase preimpresa acorde con el Decreto 692 de 1994, que hace constar que la demandante eligió el RAIS y lo ha efectuado de manera libre y espontánea, sin presiones y manifestó haber elegido a Colmena para que administrara sus aportes, datos que son verdaderos, sin embargo, de dicha frase preimpresa no surgen elementos que den cuenta de que a la demandante se le haya suministrado la información tendiente a como se ha puesto en su conocimiento esos aspectos que hoy se extrañan dentro el proceso.

En cuanto a la carga probatoria dijo, que los únicos elementos de juicio que se allegaron al proceso fueron el formulario de afiliación, historias laborales, reclamaciones administrativas, respuestas y proyecciones pensionales de años recientes, sin que se alleguen otros elementos de juicio que permitan inferir que esa voluntad de la accionante se plasmó en el formulario de afiliación y que su firma estuvo precedida de

una información clara, veraz y oportuna entorno a sus tiempos de servicios, aportes en el RPM e integración del núcleo familiar, con lo que no se cumple con la carga probatoria por parte de Protección S.A. en torno a cuál fue la información que se le brindó a la demandante, aclarando que existen otros elementos de juicio que hubiere podido allegar la demandada para verificar esa información, más allá del formulario de afiliación.

Así mismo, indicó que la información se le dio a conocer a la demandante luego de entrar en la restricción de los 10 años previos al cumplimiento de la edad, cuando la misma debió darse a conocer en el momento de su traslado en el año 1999, por lo que resulta tardía esa información y no puede tenerse como saneada.

3. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

Solicitó se revoque la sentencia en relación con las condenas impuestas en los numerales 3 y 5 de la sentencia de primera instancia, que ordena, no solo devolver los rendimientos sino también las cuotas de administración que se hubieren descontado y también el pago de alguna diferencia en lo que tendría ahorrado la demandante en el RPM y en el RAIS.

Lo anterior, en la medida en que si la demandante siempre hubiese estado afiliada al RPM nunca hubiese tenido esos aportes dentro del RAIS dentro de una cuenta a su nombre que hubiese sido administrada por Protección S.A. y por ende le hubiesen generado unos rendimientos, además, al ordenarse la devolución de los rendimientos, no se entiende porque también debe devolver los gastos de administración que se descontaron, si este fue un dinero que se descontó del aporte realizado mes a mes por la demandante para tener toda la infraestructura que permitiera generar inversiones de capital que le reportara muy buenos rendimientos a la demandante.

Expuso que, conforme con las restituciones mutuas, la demandante recibe como contraprestación los servicios que Protección S.A. le prestó y los rendimientos financieros, por lo tanto, la AFP podía descontar como cuota este dinero de los gastos de administración.

Indicó que cualquier otro rubro que se hubiere descontado a la demandante en relación con sus aportes fue hecho de conformidad con la normatividad legal vigente, y estas deducciones se hicieron relacionadas también, por ejemplo, con los dineros destinados para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, y todos esos dineros se descontaron

por parte de Protección S.A. para amparar estas contingencias y trasladados a otras entidades quienes administraron estas contingencias y han tenido cubierta a la demandante en caso de que estos siniestros le hubieren ocurrido.

Argumentó que los rendimientos que se generan en el RAIS son superiores a los que se le podrían llegar a generar a la demandante en el fondo común del RPM, por lo que no hay lugar a la condena proferida en el numeral quinto en relación con las diferencias si a ellas hubiese lugar.

COLPENSIONES

Argumentó que a Colpensiones solamente se le conminó a realizar las operaciones matemáticas, los cálculos a fin de determinar si sufre algún detrimento en su patrimonio, sin embargo, estos cálculos no se pueden realizar hoy en día y solamente se van a ver plasmados a futuro, pues hoy no se conoce si el ahorro o el aporte realizado por la demandante alcance a cubrir la prestación reconocida y si la demandada supera con creces las expectativas de vida sería una situación que llevaría a un detrimento patrimonial porque Colpensiones no alcanza a realizar las proyecciones o a planear dicha pensión con anticipación y es que la entidad tiene unas políticas internas de distribución del aporte en el cual se planea a futuro dichos pagos y en caso que no se puedan cumplir estas obligaciones pensionales, el Estado será el encargado de financiar los faltantes, pero esas planeaciones se deben hacer con varios años de anticipación y no de un momento a otro.

Expuso que no se encuentra de acuerdo con la tesis del despacho de primer grado en cuanto al acogimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para reinvertir la carga de la prueba estando en cabeza del fondo privado, dado que solamente se puede aplicar esta línea jurisprudencial para personas o afiliados que estén en condiciones similares o iguales a las esbozadas en dichas providencias judiciales, esto es, personas que tenían unas expectativas legítimas, que se encontraban en régimen de transición o que estuvieran próximas al cumplimiento de los requisitos para su derecho pensional o que con ese traslado hubiese sufrido un daño grave a sus derechos pensionales como tal y la demandante no se encuentra inmersa en alguna de tales situaciones especialísimas y por ello no puede acogerse esa línea jurisprudencial, con lo que no se invierte la carga de la prueba y quedaría en cabeza de la actora, al ser la que está anunciando los hechos, comprobar que efectivamente ocurrió una mala información u omisión en esta, pues de no ser así conllevaría a una desproporcionalidad probatoria, dado que no es dable que la demandante, con una sola manifestación del hecho, se tenga por cierto sin tener la carga de demostrarlo.

Concluyó solicitando se dé por no demostrado el acaecimiento de los vicios y la mala información.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial

usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha exployado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba,

los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 0016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el

formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar

decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las

connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) En cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

V. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 25/09/1981 (fl. 13 y 40); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 06/08/1999 a través de la A.F.P Colmena (hoy Protección S.A.) (fl. 69); y **iii)** que el día 11/01/2018 (fl. 12) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por Colpensiones.

A folio 69 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 06 de agosto de 1999 con la AFP Colmena – hoy Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“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

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Protección S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“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”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser

restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su

oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido durante todo el tiempo que la accionante permaneció en dicho régimen.

En lo que se refiere a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Protección S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, por lo que no es posible atender favorablemente el argumento presentado por COLPENSIONES en tal sentido.

Ahora bien, en lo que se refiere al hecho que la demandante no tenía una expectativa legítima al momento de su traslado de régimen y que no era beneficiaria del régimen de transición, lo que arguyó COLPENSIONES, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación, máxime cuando ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de*

la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**,

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PROTECCIÓN S.A**, a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en **EDICTO** atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310503320180011501

Demandante: **NELBA LILY SUÁREZ ROMERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2020-00342 -01
Demandante: **YOBANY HERNEY MOLINA DÍAZ.**
Demandado: **CONCRETOS ARGOS S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL promovido por
YOBANY HERNEY MOLINA DIAZ en contra de **CONCRETOS**
ARGOS S.A.S.

EXP. 11001 31 05 033 2020 00342 01

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil
veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012

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, DAVID A.J. CORREA STEER, y
ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el
RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada
en contra de la sentencia proferida el 04 de junio de 2021 por el
Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La activa aspira a que se condene a la demandada a efectuar su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de superior categoría. Como consecuencia de lo anterior, solicita salarios, prestaciones sociales, y demás emolumentos legales y convencionales dejados de percibir, debidamente indexados.

Fundamentó sus peticiones, básicamente en que: **1)** Ingresó a laborar al servicio de la demandada el 15 de julio de 2014, para desempeñar el cargo de Conductor de Mixer; **2)** El de marzo de 2019 se afilió a la organización sindical SINTRAINMACONST; **3)** El 19 de julio de 2019 SINTRAINMACONST presentó pliego de peticiones; **4)** El 17 de noviembre de 2019 fue elegido como miembro de la junta subdirectiva de SINTRAINMACONST, en el cargo de Secretario de Derechos Humanos, nombramiento que fue registrado ante el Ministerio de Trabajo el 19 de noviembre; **5)** En abril de 2020 le fue concedida licencia remunerada compensable; **6)** La demandada remitió a sus trabajadores un mutuo acuerdo consistente en que el trabajador debía compensar el 50% de las horas de los días laborales en que no hubiese sido programado para trabajar, los cuales serían fuera de la jornada ordinaria y de acuerdo con la programación de la empresa; **7)** No aceptó el acuerdo propuesto por su empleador, por ser una empresa que no ha dejado de trabajar desde que inició la pandemia; **8)** El 10 de junio de 2020, el empleador tomó la decisión de no renovar su contrato de trabajo sin levantar su fuero sindical, a partir del 14 de julio de 2020; y **9)** El 08 de septiembre de 2020 solicitó su reintegro, no obstante, se emitió respuesta negativa por parte de la demandada, por cuanto estaba vinculado mediante contrato a término fijo, y el término había expirado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2020-00342 -01
Demandante: **YOBANY HERNEY MOLINA DÍAZ.**
Demandado: **CONCRETOS ARGOS S.A.S.**

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

CONCRETOS ARGOS S.A.S., en audiencia del 12 de marzo de 2021, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, y la genérica o innominada.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, las fechas de inicio y terminación del vínculo, el cargo de Conductor de Mixer desempeñado por el actor; la fecha de solicitud del reintegro y su negativa a reintegrarlo del septiembre de 2021.

Explicó que celebró con el demandante un contrato de trabajo a término fijo de seis meses que se prorrogó hasta el 14 de julio de 2020; que comunicó el correspondiente preaviso 30 días antes de finiquitar la relación laboral; y que en tratándose de contratos a término fijo cuando expira el plazo pactado no es necesario solicitar el levantamiento del fuero sindical.

2. REFORMA A LA DEMANDA.

La parte actora reformó la demanda en audiencia del 12 de marzo de 2021, adicionando los siguientes hechos: que el 26 de mayo de 2020, **SINTRAINMACONST** realizó un mitin al frente de la torre Argos ante el retiro injustificado de dos compañeros de trabajo y ante la negativa de la empresa para sentarse a negociar el pliego de peticiones presentado; que la empresa tomó represalias solamente con los trabajadores que asistieron al referido mitin, retirándolos sin justa causa y sin respetar su

Demandante: **YOBANY HERNEY MOLINA DÍAZ.**

Demandado: **CONCRETOS ARGOS S.A.S.**

fuero sindical; que durante los últimos cinco meses ocupó el cargo de conductor y estuvo asignado al vehículo doble troque tipo mixer con el número interno 574, en el que llevaba el concreto a los lugares distribuidos en la ciudad de Bogotá; y que el cargo para el que fue contratado no fue suprimido ni fue retirado el vehículo de su operación, y por el contrario, tanto el cargo como el vehículo fue asignado a otro trabajador.

3. RESPUESTA A LA REFORMA DE LA DEMANDA.

La pasiva aceptó que el 26 de mayo de 2020 varios de sus trabajadores se presentaron a la torre de Argos a realizar una protesta.

Expresó que desconoce si el actor estuvo en la protesta que se realizó el 26 de mayo de 2020; que nunca ha tomado represalias contra sus trabajadores; que el actor nunca tuvo un camión asignado, dado que era relevador; y que la terminación de la relación laboral fue por la expiración del plazo pactado.

4. COADYUVANCIA DE SINTRAINMACONST.

La organización SINTRAINMACONST coadyuvó la demanda del actor. Explicó que la empresa demandada está menoscabando el derecho de asociación sindical, pues está tomando como excusa la pandemia para dar por terminados contratos de trabajo de forma indiscriminada, por demás que la labor de conductor ha sido renovada indefinidamente.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el Juzgado de Conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de junio de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada a reintegrar al actor al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación o a otro de igual o superior categoría.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada, a pagar al actor, los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, sumas que deberán indexarse desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha de su pago

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la demandada, conforme a las consideraciones expuestas, relevándose el despacho y por las resultas del proceso del estudio de los demás medios propuestos.

CUARTO: Costas estarán a cargo de la parte demandada. Se fijan agencias en derecho la suma de TRES (3) S.M.L.M.V.

En síntesis, el A Quo refirió que está acreditado que el demandante laboró del 15 de julio de 2014 al 14 de julio de 2020, como Conductor Mixer, mediante contrato a término fijo; que el actor estaba afiliado a la organización sindical **SINTRAINMACONST**; y que las prórrogas de los contratos se efectuaron en debida forma.

Adujo que frente a la estabilidad en el empleo la H. Corte Constitucional ha adoptado una postura encaminada a proteger a los trabajadores con contratos a término fijo, por encontrarse en estado de embarazo o con su salud disminuida, de manera que, si persiste la materia del trabajo y la causas que le dieron origen, el empleador debe garantizarle su renovación; en cuanto a la disminución en el volumen del mercado, si bien se agudizó con la pandemia, lo cierto es que el Gobierno Nacional adoptó medidas de protección al empleo en el área de la construcción, y la O.I.T, hizo un llamado a los empleadores para que mantuvieran a los trabajadores, con fundamento en el principio de solidaridad; por lo que concluyó que la materia del trabajo subsistió, pues el cargo de Conductor Mixer tuvo un criterio de permanencia antes y durante la pandemia, por demás que, el impacto no debió generar la terminación contratos de trabajo, y menos de trabajadores aforados, puesto que no se generó una parálisis del empleo; y que no operó la excepción de prescripción, dado que se

logró interrumpir con la reclamación del 08 de septiembre de 2020, y se demandó el 08 de octubre del mismo año.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE DEMANDADA.

Adujo que hubo un desconocimiento absoluto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre que ha sido completamente pacífico en establecer que frente a los contratos a término fijo no se necesita la autorización del juez del trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo; que el artículo 405 del C.S.T. establece que es necesaria la autorización para despedir un trabajador, pero la expiración del término fijo no es un despido; y que la Corte Constitucional también ha señalado que no se puede tener que para los contratos a término fijo sea necesaria la autorización del Ministerio de Trabajo porque la garantía va hasta la expiración del plazo.

Agregó que no subsistió la materia para la que fue contratado el actor, puesto que hubo una afectación que surgió como consecuencia de la situación económica de la empresa y en especial de la pandemia; que la planta de Puente Aranda no siguió operando al 100%, hubo una reducción del 18-19% en la producción; que las terminaciones de contrato fueron con ocasión a la reducción de la producción de la planta, trabajadores sindicalizados o no sindicalizados; y que a los trabajadores previo a su despido se les dio otro tipo de reconocimientos.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sea preciso advertir que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al

margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente caso no se discute: (i) la calidad de trabajador del demandante de CONCRETOS ARGOS S.A.S. (ii) su calidad de aforado y (iii) que su contrato de trabajo fue terminado por la expiración del plazo fijo pactado.

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si, el empleador debió acudir previamente ante el juez del trabajo antes de terminar el contrato del demandante, quien goza de fuero sindical, en virtud del artículo 405 del C.S.T; o si, por el contrario, en atención a la expiración del plazo fijo pactado, éste no requería acudir ante el juez para terminar el contrato de trabajo.

DEL FUERO SINDICAL.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del CST.

Ha reiterado la H. Corte constitucional en muchas oportunidades que la relevancia de la figura del fuero sindical está en relación de conexidad necesaria con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales. Por cuanto las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, el sistema jurídico ha diseñado las herramientas necesarias para que el ejercicio de la actividad sindical no devenga ilusoria debido a la posición dominante de los empleadores frente a los empleados. La Corte ha señalado al respecto:

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos¹:

“Para definir el contenido y alcance de la protección constitucional que se deriva del artículo 39 de la Carta procede recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, estipulan i) que toda persona tiene derecho a asociarse libremente y a constituir sindicatos en defensa de sus intereses, ii) que, para el efecto, los trabajadores deben gozar de total libertad de elección, iii) que los requisitos para fundar e ingresar a un sindicato solo pueden ser establecidos por la propia organización, iv) que la ley puede establecer restricciones al derecho de asociación sindical en interés de la seguridad nacional y en defensa del orden público, y iv) que los Estados Partes, que a su vez son miembros del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización (La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos Sociales y Culturales fueron abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, la Convención Americana de los Derechos Humanos fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José el 22 de noviembre de 1969, -Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente.)

La ampliación de la figura del fuero sindical, no tuvo repercusiones tan sólo en punto de la estabilidad laboral de los beneficiados con el mismo, sino también de la categoría de trabajadores que tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos. Al incluir el artículo 39 Superior el cuantificador universal “todos” para determinar la categoría de trabajadores pasibles de sindicalización, con las excepciones ya mencionadas, **impuso también la carga a todos los empleadores de someter a calificación judicial la decisión de desmejorar las condiciones laborales o despedir a los miembros aforados del sindicato.**” (Negrillas y subrayas de la Sala)

En igual sentido al del artículo 39 constitucional, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

¹ ST-330/05. H. Sierra

"Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación".

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

"Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

"Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie
a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, **SL2543-2020**, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que:

Demandante: **YOBANY HERNEY MOLINA DÍAZ.**

Demandado: **CONCRETOS ARGOS S.A.S.**

"Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (sic) a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."

Se concluye de lo expuesto que, por mandato constitucional, el fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión, por lo que esta institución tiene una especial jerarquía, que ha pasado de ser puramente legal a ser de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. Por ello se sostiene que el fuero sindical se reconoce tanto en beneficio del sindicato como del trabajador perteneciente a éste.

Por su parte, el artículo **405** del C.S.T., define al fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo"*.

Y el artículo 406 ídem, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 12 de la Ley 584 de 2000, consagra:

"Trabajadores amparados por el fuero sindical. Están amparados por el fuero sindical:

(...) c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; (...) "

En cuanto a las **acciones que derivan del fuero sindical**, los artículos 113 y 118 del C.P.T. y de la S.S. consagran las acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores relacionadas con la protección constitucional y legal del fuero sindical. Dicen las normas referidas:

“ARTÍCULO 113, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001. **“DEMANDA DEL EMPLEADOR.** La demanda del empleador tendiente a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical.”

“ARTÍCULO 118, modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001. **“DEMANDA DEL TRABAJADOR.** La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante.”

Como se ve, existen dos acciones para garantizar a los trabajadores el fuero sindical: la de levantamiento del fuero sindical y la acción de reintegro, reinstalación o restitución. Cada una se resuelve mediante un procedimiento especial. El primero, a cargo del patrono interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir, trasladar o desmejorar las condiciones del trabajador aforado, y el segundo, es cuando el trabajador promueve la acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Así las cosas, se puede determinar que primero, el objeto de la solicitud judicial previa al despido, traslado o desmejora en las condiciones de trabajo, es la verificación de la ocurrencia real de la causa alegada y la valoración de su legalidad e ilegalidad. Y segundo, el objeto de la acción de reintegro, reinstalación o restitución es analizar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.

Demandante: **YOBANY HERNEY MOLINA DÍAZ.**

Demandado: **CONCRETOS ARGOS S.A.S.**

Determinado lo anterior, como estamos en presencia de una demanda presentada por un trabajador con la pretensión de ser reintegrado en sus condiciones de trabajo, al juez laboral sólo le es viable determinar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Yobany Herrera Molina Diaz laboró al servicio de la demandada del 15 de julio de 2014 al 14 de julio de 2020, en el cargo de Conductor de Mixer (fl. 1 de los anexos de la demanda y copia de contrato de trabajo de la carpeta pruebas Argos S.A.S.).
- ii) El 19 de julio de 2019, SINTRAINMACONST elevó pliego de peticiones a la demandada; la etapa de arreglo directo se dio por finalizada el 14 de agosto de 2019 (fls. 2 a 25 de los anexos de la demanda y acta de cierre de la etapa de arreglo directora obrante en la carpeta de pruebas Argos S.A.S.).
- iii) El 18 de octubre de 2019, el Ministerio del Trabajo mediante Auto 150, inició investigación contra la demandada por presuntos actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical de SINTRAINMACONST; el 29 de noviembre de 2019 suscribieron acta de trámite, comprometiéndose la demandada a allegar las pruebas solicitadas por el Ministerio de Trabajo con ocasión a la queja elevada; y la queja se desestimó el 26 de enero de 2021 (fls. 26 a 28 de los anexos de la demanda y Resolución No. 00035 enero 26 2021 obrante en la carpeta de pruebas Argos S.A.S.).
- iv) El 18 de noviembre de 2019 se comunicó por parte de SINTRAINMACONST la nueva estructura de junta directiva, en la que aparece el demandante como

Secretario de Publicidad (fls. 29 a 32 de los anexos de la demanda).

- v) El 30 de marzo de 2020 se concedieron vacaciones colectivas al personal la demandada (Vacaciones 2 obrante en la carpeta de pruebas Argos S.A.S.).
- vi) El 08 de mayo de 2020, al accionante le fueron otorgadas vacaciones anticipadas con ocasión de la pandemia que surgió por la expansión del virus COVID-19 (fl.33 de los anexos de la demanda).
- vii) El empleador presentó un acuerdo al trabajador en virtud del cual se estableció la posibilidad de pagar una licencia remunerada compensable, empero este no fue suscrito por el actor (fls.34 y 35 de los anexos de la demanda).
- viii) El 10 de junio de 2020, se informó acerca de la no renovación de su contrato de trabajo a término fijo, por la expiración del plazo pactado (fl.36 de los anexos de la demanda).
- ix) El 10 de septiembre de 2020, el accionante solicitó su reintegro al cargo que venía desempeñando por gozar de fuero sindical, la que fue despachada negativamente por parte de la demandada (fls. 37 a 39 de los anexos de la demanda).
- x) El 11 de marzo de 2021, la demandada certificó que entre enero de 2019 y diciembre de 2020 hubo 78 retiros de trabajadores, lo que sucedió debido a la disminución en la demanda de concretos a nivel nacional y la pandemia mundial generada por el COVID-19 (certificado (1) obrante en la carpeta pruebas Argos S.A.).

Sentadas las anteriores premisas es claro que el vínculo del accionante se dio por terminado presuntamente como consecuencia de la expiración del plazo pactado, pues la modalidad contractual que la ligaba a la demandada era a término fijo. Al respecto, el artículo 46 del C.S.T. establece:

“ARTÍCULO 46. Contrato a término fijo. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

PARAGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea”.

En cuanto a la terminación de contratos de trabajo a término fijo cuando un trabajador está amparado por fuero sindical, la jurisprudencia tanto de la H. Corte Constitucional como de la H. Corte Suprema de Justicia, ha estado encaminada a establecer que no es necesario efectuar el levantamiento de su fuero sindical por cuanto no se trata de un despido. En efecto, la H. Corte Constitucional en sentencias T-1334 de 2001, T-326 de 2002, T-116 de 2009, T-162 de 2009, sostuvo tal postura; en la última sentencia reseñada estableció:

“6.3. De lo afirmado se desprende que es de la esencia de la protección foral la previa autorización judicial para “despedir” al trabajador aforado. El juez debe comprobar si existe o no una justa causa y por consiguiente autoriza o no el despido, traslado o desmejora. De modo, que la previa autorización judicial para el despido del trabajador con fuero sindical es una exigencia legal y su desconocimiento afecta el debido proceso y los derechos de asociación, libertad y fuero sindical. Lo anterior, por cuanto el patrono no puede definir motu proprio el despido, traslado o desmejora de quien goza de fuero sindical, ni calificar la causa. Se impone, por consiguiente, la necesidad de previa calificación judicial.

“6.4. No obstante lo anterior, es de resaltar que el artículo 411 del CST 2 , señala los casos en que la terminación del contrato procede, sin previa calificación judicial, así:

“La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento, o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial en ningún caso. (...)”

“7.3. Al acordar las partes la modalidad contractual de duración definida, en la terminación del vínculo debía observarse lo dispuesto por el artículo 46 del CST, esto es, dar aviso a los actores de la no continuidad de su contrato a término fijo, lo que en efecto ocurrió con la antelación exigida por la ley y por escrito. Como sustento de la decisión se invoca el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, mediante el cual al resolver la acción T -003 del 24 de enero de 1992, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se dijo: “...Fuero Sindical. No ampara a trabajadores vinculados por contrato a término fijo. Esa apreciación en sentir de la Corte, es de indole jurídica y además se aviene con la jurisprudencia de esta Sala, al considerar de vieja data que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que estos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo período con el lleno de las formalidades de ley...”

En igual sentido, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en sentencia del 25 de marzo del 2009, Rad. 34142, estableció:

“En tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes. En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por periodo fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical. En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas.”

Así mismo, en diversos pronunciamientos de tutela de la H. Corte Suprema de Justicia, tal postura ha sido objeto de respaldo, como lo es en las sentencias STP8878-2021, STL12064-2020, STL6790-2020, por mencionar algunas.

Descendiendo al caso, encontramos que el Gobierno Nacional, promulgó el Decreto Legislativo **417 de 2020** el 17 de marzo de 2020 mediante el cual se realizó la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental, con el fin de hacer uso de facultades extraordinarias para conjurar la crisis sanitaria y los efectos económicos con ocasión de la aparición del virus COVID 19.

Posteriormente, el 22 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional profirió el **Decreto 457 de 2020**, a través del que se dispuso el aislamiento preventivo obligatorio en todo el territorio nacional; el 26 de abril de 2020 mediante los **Decretos 531 y 593 de 2020**, extendió el aislamiento obligatorio; no obstante, en este último se dispuso:

“Artículo 3. Garantías para la medida de aislamiento. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, **permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:**

(...) **19.** La ejecución de obras de construcción de edificaciones y actividades de garantía legal sobre la misma construcción, así como el suministro de materiales e insumos exclusivamente destinados a la ejecución de las mismas.

20. La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural (...).”

Por otra parte, en el proceso se recibieron las declaraciones de los señores **Jarol Andrés Linares Vega, Edwin Huertas Saldaña, Edwin Armando Palacios Rincón, Ingrid Constanza Esquivel Acero, y Tania Jimena Rodríguez** quienes señalaron:

Jarol Andrés Linares Vega adujo que trabajaba en CONCRETOS ARGOS S.A.S. desde el 23 de abril de 2012 como Operador de Mixer; que SINTRAINMACONST presentó pliego de peticiones a la demandada en el 2019 y desde ese mismo momento han venido sufriendo persecución; que participaron en un mitin en mayo de 2020 por la propuesta que hizo la empresa sobre la licencia remunerable compensable, y desde esa fecha sufrieron las consecuencias, se dieron terminaciones de contratos de trabajo, como en este caso del actor, así como hubo llamados a descargos y sanciones; que no hubo un diálogo social para establecer la licencia remunerada compensable; que sólo es contra afiliados a SINTRAINMACONST que ha desplegado acciones la empresa; que cuando el Estado decretó el estado de emergencia, la primera acción que determinó la empresa fue otorgar un primer período de vacaciones; que la empresa en la planta de Puente Aranda nunca paró, pese a que no han estado laborando al 100%; y que la labor del accionante se ha venido desempeñando continuamente.

Por su parte, **Edwin Huertas Saldaña**, explicó que trabajó para la empresa desde 2015 hasta el 2020, ejecutando en junio y julio de 2020 el cargo Conductor Mixer; que conoce al actor porque es Conductor Mixer en la planta de Puente Aranda; que a su modo de ver, el actor tuvo una persecución sindical, ya que estuvieron en un mitin del que la empresa tomó represalias, fueron los únicos despedidos injustamente; que la empresa ha recibido personal tanto masculino como femenino para la operación de construcción y como Conductores Mixer; que luego del mitin al actor no le renovaron el contrato, lo dejaron en casa y no lo volvieron a llamar más; y que la empresa adoptó mecanismos cuando inició la pandemia, como licencias no remuneradas y vacaciones.

Edwin Armando Palacios Rincón dijo, en su condición de jefe de planta de producción de concretos de Bogotá de la

demandada, que conoció al actor, quien fue Operador de Mixer en la planta de Puente Aranda; que para junio- julio de 2020 había unas 58 personas operadores de mixer, aproximadamente; que en la operación se tienen turnos que no exceden de 48 horas semanales; que para tal operación siempre son necesarios los operadores de mixer; que para que un operador mixer pueda prestar su servicio, se necesita que haya volumen, porque ellos se rigen al mercado; que la empresa viene de una contracción de trabajo desde 2018 que con la pandemia se agudizó mucho más; que siempre tuvieron 58 trabajadores; que la compañía por todos los mecanismos ante la pandemia, hizo lo que estuvo a su alcance para no tomar la decisión de terminar contratos, pagó salarios sin la prestación del servicio, hubo vacaciones adelantadas, y luego se propuso la posibilidad de acceder a licencias remuneradas compensadas las que fueron totalmente voluntarias; que las cancelaciones de contratos en Puente Aranda fueron muy pocas; que en 2020 tuvieron una reducción en planta del 18% - 19% comparado con 2019-2020; y que el rendimiento del accionante era el de un trabajador promedio.

Ingrid Constanza Esquivel Acero manifestó en su calidad de profesional de desarrollo humano y calidad de vida de la demandada, que a raíz de la pandemia todos los niveles de la empresa se vieron afectados, no tuvieron producción ni clientes que atender, así como algunas plantas estuvieron cerradas; que lo anterior hizo que el volumen de la empresa disminuyera; que cuando empezó la pandemia, la empresa decidió frente a las tareas administrativas que se podían realizar en casa o teletrabajo, que también dieron vacaciones colectivas; que siguiendo recomendaciones del Gobierno se accedió a la licencia remunerada compensada, la que se firmaba de manera voluntaria; que el actor prestaba sus servicios en la planta de puente Aranda, la que tuvo una afectación, pues hubo cierres constantes, pese a que fue una de las plantas que pudo seguir despachando, aunque no en la misma cantidad de volumen ni con la misma cantidad de personas; que las comunicaciones de la

licencia remunerada compensada, se hicieron por correo y WhatsApp, porque no estaban en las instalaciones, y pues era un medio tecnológico que permitía la entrega del documento; que en la reunión que hubo del documento se indicó que por favor lo leyeran y si estaban de acuerdo que colocaran el "acepto"; que no pasaba absolutamente nada si los trabajadores no firmaban, porque era un acuerdo voluntario; que la terminación del contrato del actor estuvo sujeta a la baja del volumen en la producción de las plantas; que a algunos de los trabajadores que se les terminó el contrato, algunos eran del sindicato y otros no; y que de julio a diciembre del 2020 no se amplió la planta de personas, empero que en el mes de abril de 2021 se proyecta un aumento en los volúmenes y se activaron procesos de selección de persona.

Tania Jimena Rodriguez en su condición de directora de operaciones en regional zona centro, señaló que con todo el tema de la pandemia, la contracción del volumen y todo el sector de la construcción en total estuvo en el 30%; que en la zona centro tuvo un impacto más o menos del 27%; que la asignación de los recursos en las plantas de concreto se hace con base al volumen, de manera que si bajan se necesitan menos conductores en la operación; que una vez se declaró la cuarentena obligatoria la compañía tomó diferentes medidas para garantizar la estabilidad de los trabajadores, tales como días de salario por trabajo en casa, vacaciones anticipadas, y una licencia remunerada compensada; que la terminación del contrato del actor es por vencimiento de su contrato; que en Puente Aranda hubo varias desvinculaciones desde 2019, y en 2020 tuvimos varias en conductores de mixer por baja de volumen; que a varios trabajadores se les terminaron sus contratos, sindicalizados o no; y que la compañía accedió al subsidio del 40% que el gobierno estaba otorgando a empresas para cubrir salarios de los trabajadores, específicamente en algunos proyectos de infraestructura.

Finalmente, en **interrogatorio de parte**, la representante legal de la demandada señaló que se ha efectuado contratación de conductores mixer desde 2021.

Conforme al acervo probatorio estudiado en su integridad considera la Sala que pese a que las labores de Conductor Mixer se siguieron ejecutando en las instalaciones de Puente Aranda de la empresa demandada, y que se reinició la contratación de tales conductores desde el a 2021 con ocasión a la expedición del Decreto 593 del 24 de abril de 2020, lo cierto es que conforme a la pacífica jurisprudencia tanto de la H. Corte Constitucional como de la H. Corte Suprema de Justicia, el empleador gozaba de plena autonomía para dar por terminado el contrato de trabajo del accionante al expirar el plazo fijo pacto, situación que permitía que no tuviera que efectuar el levantamiento de su fuero sindical por cuanto no estaba frente a un despido.

Aunado a ello, no desconoce la Sala la Organización Internacional del Trabajo -OIT, en el comunicado de fecha de 18 de marzo de 2020 sobre “El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas”, afirmó que:

“El Covid-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) **la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social)**; y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral (...)” (Negrillas por la Sala).

A este respecto, la Recomendación Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982 (núm. 166), señala que todas las partes interesadas deberán tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados:

"19. (1). Todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados.

(2). Cuando proceda, la autoridad competente debería ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen las terminaciones previstas" (Negrillas por la Sala).

Sin embargo, evaluado el material probatorio, la Sala considera que el empleador dio cumplimiento a tales medidas, al observar que se agotaron las medidas para lograr la atenuación del impacto que podría tener el COVID- 19 en sus relaciones de trabajo, pues nótese como al accionante se le concedió salario sin prestación del servicio y vacaciones anticipadas, así como que se le presentó una propuesta de una licencia remunerada compensable, y sólo dio terminación al contrato de trabajo por una causal meramente objetiva, actuar que se acompasa con las Circulares 021 y 033 de 2020 proferidas por el Ministerio del Trabajo, en las que se establece que ante la propagación del COVID-19 en el territorio nacional, el empleador debe buscar alternativas como el trabajo en casa; teletrabajo; jornada laboral flexible; vacaciones anuales, anticipadas, y colectivas; permisos remunerados; y salario sin prestación de servicios; licencia remunerada compensable; modificación de la jornada laboral y concertación de salario; modificación o suspensión de beneficios extralegales; y concertación de beneficios convencionales.

Por las razones expuestas se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia, y en su lugar **ABSOLVERÁ** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **YOBANY HERNEY MOLINA DÍAZ.**

Demandado: **CONCRETOS ARGOS S.A.S.**

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de origen. En su lugar, se **ABSUELVE** a **CONCRETOS ARGOS S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

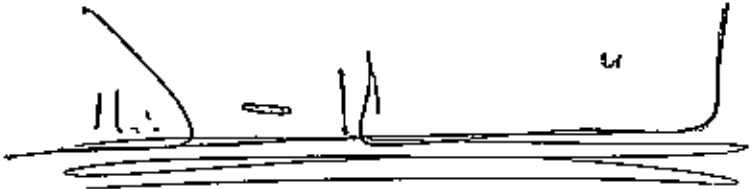
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00803 -01
Demandante: **CLAUDIA MILENA DÍAZ SALCEDO.**
Demandado: **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA MILENA DÍAZ SALCEDO** promoviese contra el **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 01 de junio de 2014 al 17 de mayo de 2017. Como consecuencia de lo anterior, se solicita el reajuste de sus cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria o indexación.

1.2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Ingresó al Partido Cambio Radical Colombiano el 01 de junio de 2014, mediante contrato de prestación de servicios; **2)** Laboraba en el área de auditoría, siguiendo los lineamientos del correspondiente manual de funciones adoptado por el Secretario General del Partido Cambio Radical Colombiano; **3)** Atendía de manera presencial, a través de llamadas telefónicas y correos electrónicos, los requerimientos de los candidatos y de los contadores del partido; **4)** Debía obedecer órdenes de su jefa inmediata, Mónica Ivonne Abril Manrique, así como de la Auditora General del Partido, Gladys Aleida Bello Aponte; **5)** Ante la insistencia del Secretario General del partido se logró que el 12 de enero de 2016, se celebrara un contrato de trabajo, para cumplir las mismas funciones, en el mismo sitio de trabajo y con igual horario de trabajo; **6)** Devengó los siguientes salarios: En 2014 y 2015, \$4'000.000; y en 2016 y 2017, \$3'500.000; **7)** Únicamente le pagaron por concepto de cesantías e intereses de cesantías, \$1'331.944 y \$455.551, respectivamente; y **8)** Laboró hasta el 17 de mayo de 2017.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

El **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO** (fls.77 a 89), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó falta de causa; falta de claridad, precisión, y de medio probatorio; pago; cobro de no debido; compensación; buena fe; y prescripción.

Aceptó los hechos relativos a que durante la vigencia de contratos de prestación de servicios, la demandante se obligó a atender de manera presencial, telefónica o a través de correos electrónicos, a los candidatos del partido o de sus contadores; que obedecía las órdenes de Mónica Ivonne Abril Manrique y de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00803 -01
Demandante: **CLAUDIA MILENA DÍAZ SALCEDO.**
Demandado: **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO.**

la Auditora General del Partido, Gladys Aleida Bello Aponte; que una vez se suscribió el contrato de trabajo el 12 de enero de 2016, siguió realizando las mismas funciones, en el mismo sitio de trabajo; y que en 2014 y 2015, la actora devengó \$4'000.000, y en 2016 y 2017, \$3'500.000; y únicamente pagó por concepto de cesantías e intereses a las cesantías, \$1'331.944 y \$455.551, respectivamente.

Explicó que, entre el 01 de junio de 2014 y el 17 de mayo de 2017, se ejecutaron tres contratos, dos de prestación de servicios y uno de trabajo, en los siguientes lapsos: 01 de junio al 19 diciembre de 2014, 13 de enero al 18 de diciembre de 2015, y 13 de enero de 2016 al 17 de mayo de 2017; que por lo anterior, existen interrupciones entre en un contrato y otro, que no permiten establecer la existencia de una única relación laboral; y que los dos primeros contratos de prestación de servicios finiquitaron hace más de tres años, por lo que, operó el fenómeno de la prescripción.

Afirmó que el hecho de acatar instrucciones no tiene la connotación implícita de que un contrato sea laboral; que la demandante no manifestó en ningún momento inconformidad, y por el contrario, era consciente del contrato que ejecutaba, al presentar cuentas de cobro y pagos a seguridad social, y declaraba que su hijo era menor de edad para disminuir la base de la retención en la fuente.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de octubre de 2020, en la que dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la actora y el PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO, existió un contrato de trabajo, a término indefinido, del 1º de junio de 2014 al 17 de mayo de 2017.

Demandante: **CLAUDIA MILENA DÍAZ SALCEDO.**

Demandado: **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO.**

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción.

TERCERO: CONDENAR al extremo demandado a pagar a la accionante:

A. \$9.833.333 por DIFERENCIAS DE CESANTÍAS.

B. \$445.274 por DIFERENCIAS DE INTERESES DE CESANTÍAS.

CUARTO: CONDENAR al PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del 18 de mayo de 2017 y hasta que se cancelen las acreencias indicadas en el literal A. del numeral anterior.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS al encartado. Inclúyase en su liquidación la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

Para arribar a la decisión el A Quo advirtió, en síntesis, que se encontraba aceptado y demostrado con los contratos de prestación de servicios y el contrato laboral, que la actora prestó personalmente sus servicios a favor de la demandada; que la pasiva no logró desvirtuar el elemento de la subordinación, ya que únicamente trajo como prueba las cuentas de cobro elevadas presentadas por la demandante; que, concluyó que en todo caso la demandante demostró que estaba sujeta a órdenes, tenía un puesto de trabajo, y debía cumplir un horario, basándose para ello en la prueba testimonial rendida por Cesar Alberto Saavedra Torres y Gladys Aleida Botello Aponte.

Indicó que pese a que entre las partes se celebraron tres contratos con una aparente solución de continuidad, de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, cuando entre un contrato y otro, existen interregnos cortos de tiempo, se debe declarar una única relación laboral; y que lo anterior cobra más fuerza si se tiene en cuenta que las funciones de la actora no variaron y que en los lapsos que se presentaba un espacio, se reconocían vacaciones colectivas a los empleados del Partido Cambio Radical, razones por las cuales declaró la existencia de un contrato de trabajo desde el 01 de junio de 2014 al 17 de mayo de 2017 y condenó al pago por concepto de

cesantías e intereses a las cesantías, las sumas de \$9'833.333 y \$445.274, respectivamente.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que operó parcialmente frente a los intereses a las cesantías causados con anterioridad 04 de octubre de 2016 al demandarse el mismo día y mes de 2019, no siendo así con las cesantías, puesto que se hicieron exigibles desde la terminación del contrato de trabajo y se demandó dentro de los tres años siguientes.

En último término, expresó, frente a la condena a intereses moratorios, que la misma salía avante por cuanto se dieron todos los elementos para establecer la existencia de un contrato de trabajo, advirtiéndole que lo que se buscó fue disfrazar, a través de contratos de prestación de servicios, una relación de tipo laboral; advirtió, sin embargo, que al demandarse cuando ya habían transcurrido dos años contados desde la terminación del contrato de trabajo, lo procedente resulta ser el reconocimiento de intereses moratorios sobre el valor adeudado por concepto de prestaciones sociales; y que al accederse al pago de intereses moratorios no procede indexación.

IV. APELACIÓN

4.1. PARTE ACTORA.

Sostiene que la condena por indemnización moratoria corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24, y a partir del mes 25 los intereses moratorios, puesto que el artículo 29 de la Ley 789 de 2003 no debe interpretarse como lo adujo el A Quo, ya que, la única sanción que ha establecido el legislador por no requerirse en tiempo las prestaciones sociales adeudadas es la prescripción y/o caducidad, y dado que, en la exposición de motivos de la ley, se determinó que la finalidad de la indemnización moratoria, era que los salarios caídos no se extendieran más allá de los 24 meses

a la terminación del contrato de trabajo, lo que tiene sustento en que los salarios caídos resultaban muy onerosos a los empleadores hasta el punto que resultaban injustos, los trabajadores podían demorarse hasta seis años para instaurar su reclamación judicial (teniendo en cuenta la posibilidad de interrumpir la prescripción), y la excesiva morosidad de la administración de justicia en laboral (lo que conllevaba a que tuviera el empleador que asumir moratorias excesivas)

Agregó que conforme al criterio de la Corte Constitucional, cuando se presenta la demanda luego de transcurridos 24 meses, se debe reconocer indemnización moratoria hasta el mes 24 y a partir del mes 25, intereses moratorios.

4.2. PARTE DEMANDADA.

Argumentó que, para que se declarara la existencia de un único contrato de trabajo, pesó mucho la declaración del testigo Cesar Alberto Saavedra Torres, quien dijo que presentó memorandos o algún escrito donde hubiese quedado constancia de tales solicitudes, por demás que en su calidad de Director Jurídico si hubiese aconsejado al Secretario General, Doctor Álvarez Lleras, que se efectuaran los correspondientes contratos de trabajo, este los hubiera realizado; y que la demandante como contratista estaba obligada a realizar su labor de forma personal, sabía muy bien el alcance del contrato, pero al no advertir que se estaba frente a un contrato de trabajo se está frente a una falta de lealtad contractual.

Adujo que la indemnización moratoria no procede de manera automática, se debe estudiar si hubo o no buena fe, no obstante, en el caso quien obró con mala fe, fue la accionante quien esperó su desvinculación para demandar, aunado a que se tenía la creencia de que se estaba ejecutando un contrato de prestación de servicios, y no fue advertido al representante legal, por parte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00803 -01
Demandante: **CLAUDIA MILENA DÍAZ SALCEDO.**
Demandado: **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO.**

del Director Jurídico, que se podía estar frente a un contrato de trabajo.

Finalmente, señaló que impugnaba la condena en costas y las agencias en derecho.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus posiciones.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar en primer lugar, i) si en el vínculo que ató a las partes hubo autonomía de la demandante o, si en virtud del principio de la primacía de la realidad se constituyó un contrato de trabajo entre esta y el PARTIDO CAMBIO RADICAL; de ser así deberá determinarse ii) si hay lugar al reconocimiento y pago de indemnización moratoria, y si esta se reconoció en debida forma.

**DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y
EL CONTRATO DE TRABAJO¹**

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 ejusdem, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción,

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

"[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia".

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° y el numeral 1° del artículo 65 del C.S.T. establecen:

"Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

<Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial,~~ el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero."

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la SL16884-2016 y la SL3071-2018, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, Rad. 40509 y la SL1005-2021).

Igualmente, se hace necesario precisar que la indemnización moratoria no se verifica por la actuación de las partes ni por su actitud dentro del proceso, sino por regla general por la conducta

del empleador a la terminación del contrato de trabajo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012, Rad. 37288, reiterada en la sentencia SL1746-2021, señaló:

“[...] recuérdese además que tratándose de la indemnización moratoria la conducta de la empresa, por regla general, se analiza al momento de la finalización del nexo de trabajo. Al respecto en decisión CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 37288, se expuso:

Conforme a los precedentes anotados, se tiene que el examen de la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones que puede dar lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST se ha de hacer, por regla general, teniendo en cuenta las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, según esta preceptiva, es el incumplimiento, en dicho momento, el que da lugar a la mencionada condena (...)”.

DEL CASO EN CONCRETO.

No son objeto de controversia los siguientes hechos:

- i) La prestación personal del servicio por parte de Claudia Milena Díaz Salcedo, para el **PARTIDO CAMBIO RADICAL**, primero mediante contratos de prestación de servicios del 01 de junio al 19 de diciembre de 2014, y del 13 de enero al 18 de diciembre de 2015, (fls 12 al 17) y luego mediante contrato de trabajo, entre el 12 de enero de 2016 y el 17 de mayo de 2017, (fls. 18 a 21, 24, 59, y 119).
- ii) Las funciones desempeñadas por la demandante, de Asistente de Auditoría para Cámaras 2014 y apoyo en respuesta de requerimientos 2011, asistente para la Auditoría Delegada en la rendición de cuentas de los candidatos a elecciones territoriales 2011 y rendición de cuentas para candidatos a Cámara de Representantes elecciones 2014 (fls. 12 a 17), así como Auxiliar de Auditoria Gestión Electoral, (fls. 18 a 21, 24, 59, y 119).

- iii) Los honorarios pactados para cada uno de los contratos de prestación de servicios y el salario percibido por el contrato de trabajo. (fls 12 a 21, 24, 59, y 119)
- iv) La liquidación final de prestaciones sociales efectuada por el demandado el 18 de mayo de 2017, en la que se incluyó por concepto de cesantías e intereses a las cesantías, las sumas de \$1'331.944 y \$60.825, respectivamente (fl.60).

De otro lado, al proceso se allegaron las declaraciones juramentadas de **Antonio Álvarez Lleras Camacho, Luis Antonio Sossa López, Cesar Alberto Saavedra Torres, y Gladys Aleida Botello Aponte**, - los últimos dos comparecieron a ratificar su dicho mediante testimonio-, quienes informaron que la accionante estuvo sujeta a órdenes, cumplía un horario de trabajo, y realizaba sus funciones en las instalaciones del partido (fls. 61 a 66).

En efecto, **Antonio Álvarez Lleras Camacho**, señaló que conocía a la actora desde 2014, por cuanto esta laboró desde tal fecha en el Partido Cambio Radical Colombiano; que la accionante era Auxiliar de Auditoría, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a sábado de 9:00 A.M. a 6:00 P.M.; y que era el apoyo de su jefe directa, Mónica Ivonne Abril, y de la Auditora Interna, Gladys Aleida Botello Aponte.

Por su parte, **Luis Antonio Sossa López**, manifestó que conocía a la actora desde el año 2014, por cuanto ésta laboró en el Partido Cambio Radical desde tal fecha; que la actora cumplía un horario de trabajo de lunes a sábado de 9:00 A.M. a 6:00 P.M.; y que acataba las órdenes directas de su jefe directa, Mónica Ivonne Abril.

Carlos Alberto Saavedra Torres declaró que conocía a la actora desde el año 2014, por cuanto laboró como Director Jurídico; que la demandante era Auxiliar de Auditoría de Cuentas Contables desde mayo de 2014; que la demandante cumplía un

Demandante: **CLAUDIA MILENA DÍAZ SALCEDO.**

Demandado: **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO.**

horario de trabajo de lunes a sábado de 9:00 A.M. a 6:00 P.M.; y que la demandante era el apoyo de su jefe directa, Mónica Ivonne Abril, y de la Auditora Interna, Gladys Aleida Botello Aponte.

Agregó en testimonio que laboró en el Partido Cambio Radical Colombiano de octubre de 2010 a diciembre de 2015; que el Secretario General, Antonio Álvarez Lleras Camacho, tenía orden del Comité Central de que ellos debían ser contratados a través de prestación de servicios; que era el encargado de revisar los contratos; que entre las labores de la actora estaba el apoyo a auditoría de cuentas, especialmente, en lo referente a efectuar la contabilización de los gastos de campaña que tienen que ser llevados al Consejo Nacional Electoral, para que estos sean pagados con la reposición de votos que tienen los candidatos electos y no electos; que la actora acataba órdenes de Mónica Abril, y de la auditora general del partido que era Gladys Botello; que las funciones que ejercía la actora las llevaba a cabo en las instalaciones del partido; que los elementos de trabajo se los proporcionaba el partido, el que incluso estaba inventariado; que la actora trabajaba todos los días de lunes a viernes de 8 am a 5 pm y que en época electoral y postelectoral y con un término de 3 meses Claudia y Mónica trabajaban los sábados, domingo y festivos; que las funciones de la demandante siempre fueron casi las mismas y permanentes, podía variar por algunas directrices del Consejo Nacional Electoral; que advirtió en varias ocasiones a Antonio Álvarez Lleras Camacho, de la necesidad de que se le celebrara un contrato escrito a la accionante, no obstante, él tomaba sus decisiones conforme a lo que le señalará el Comité Central; y que éste tenía facultad para ignorar al representante legal, ya que era el máximo órgano del partido.

Finalmente, **Gladys Aleida Abello Aponte**, expresó que conocía a la demandante porque trabajó para el Partido Cambio Radical Colombiano; que la actora era Auditora de Cuentas Electorales desde 2014; que cumplía un horario de trabajo de

lunes a sábado de 9:00 A.M. a 6:00 P.M; y que cumplía con todas las órdenes dadas por su jefe directa, Mónica Ivonne Abril.

Adicionó en testimonio que empezó a prestar sus servicios en el Partido Cambio Radical Colombiano aproximadamente en el año 2000; que era la encargada de revisar las cuentas de campaña; que en el año 2005, fue nombrada como Auditora Interna; que estuvo en el partido hasta el 02 de abril de 2017; que la actora hacía todas las labores de auditoría, revisando las cuentas de campaña de los candidatos del partido; que la demandante trabajaba con Mónica Abril, quien le coordinaba su trabajo, que la actora iba a prestar sus servicios todos los días, en los horarios normales de todos los trabajadores; que la actora tenía su puesto de trabajo con un computador, escritorio, lo que fue suministrado por el demandado; que la demandante rendía cuentas de su labor a Mónica Abril, ésta era quien le daba las direcciones a ella, ya que Mónica coordinaba el trabajo de rendición de cuentas; que el puesto de trabajo de la actora siempre fue el mismo, su oficina en las instalaciones del partido; y que la accionante también cumplía funciones propias de auditoría, por lo que en ocasiones debía coordinar labores con ella, en su calidad de Auditora Interna.

Los anteriores declarantes fueron estudiados de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, sin encontrarse entre sus dichos ningún tipo de contradicción, o sesgo, especialmente, el de Carlos Alberto Saavedra Torres, quien fue evaluado por mayor rigurosidad por tener en la actualidad una demanda por similares razones contra el Partido Cambio Radical Colombiano.

Pues bien. En el análisis de la prueba recaudada, lo primero por afirmar es que resulta nítida la prestación de servicios de la demandante para el demandado, ello se desprende, no solo de la documental y testimonial, sino además de la misma confesión de

dicho hecho desde la contestación a la demanda, prueba toda que da cuenta de que la demandante estuvo vinculada con la demandada como Auxiliar Auditoría Gestión Electoral para apoyar los procesos de auditoria para cámaras 2014, respuesta de requerimientos 2011, y rendición de cuentas de los candidatos a elecciones territoriales 2011 y de los candidatos a Cámara de Representantes Elecciones 2014.

Por tanto, al estar demostrada la prestación del servicio por parte de la actora y, en consideración al artículo 24 del C.S.T., que establece que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, le correspondía destruir dicha presunción a la demandada, quien por ende, debía desvirtuar el elemento de la subordinación para desacreditar la relación laboral o demostrar que el vínculo que la ató con la demandante era de naturaleza civil o comercial.

Así las cosas, y en los términos del artículo 24 del C.S.T., se considera que la prestación de servicios personales de la accionante se efectuó a través de un contrato de trabajo; de modo que, la relación contractual que ató a las partes, bajo los ritos formales de una contratación de prestación de servicios, a juicio de la Sala, tuvo el alcance de constituirse en la realidad, en un contrato de trabajo, como quiera que no existe elemento probatorio alguno que dé cuenta de la autonomía o de la independencia en el desempeño de las funciones que ejecutó la actora, sin que se desprenda de su interrogatorio de parte confesión alguna en su contra, puesto que su dicho estuvo encaminado a establecer que firmó los contratos de prestación de servicios porque necesitaba el empleo, y que para recibir honorarios anexaba la constancia de estar pagando aportes al sistema de seguridad social integral, presentaba cuentas de cobro, y para efectos tributarios, declaraba que tenía como dependiente económico su hijo Sastoque Díaz. Ninguno de tales hechos desvirtúa la presunción de la existencia del contrato de

trabajo y menos aún de ninguno de ellos se desprende autonomía en la ejecución del contrato que la vinculó con el demandado.

En cuanto a si en efecto se dio o no solución de continuidad del vínculo contractual laboral, conviene recordar que, conforme a lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias tales como las del 15 de febrero, 24 de mayo de 2011, y 20 de febrero de 2013 Rads. 40273, 37803, y 42546, cuando los interregnos fueron cortos (menos de 30 días), es posible considerar la existencia de una sola relación laboral. Concretamente en la sentencia con radicado 42546 se dijo que:

“En sede de instancia se ha de advertir que aunque se observa en el folio 8, que entre el contrato número 2841 que finalizó el 30 de noviembre de 1996 y el 4327 que inició el 9 de diciembre de 1996 se presenta un bache de ocho días; y entre el contrato número 886 que finalizó el 30 de septiembre de 2000 y el 1591 que comenzó el 2 de octubre de 2000 hay un vacío de un día; y entre el contrato número 182 que finalizó el 22 de agosto de 2001 y el 1524 que empezó el 24 de agosto de 2001 hay una diferencia de 2 días, y entre el 1675 y el 2358 hay un espacio de 3 días, esta circunstancia no desvirtúa que se trata de una sola relación laboral, pues ha estimado la jurisprudencia de esta Sala que esos periodos de tiempo tan cortos entre un contrato y otro no pasan de ser interrupciones aparentes que no dan al traste con la existencia de una sola relación laboral (Sentencias de 15 de febrero de 2011, rad. N° 40273 y 37803 de 24 de mayo de ese mismo año)”.

En el caso bajo estudio, pese a que existe interrupción o lapsos entre la celebración de uno y contrato de prestación de servicios y de trabajo, como dichos interregnos fueron cortos (menos de 30 días), resulta viable, atendiendo la doctrina del órgano de cierre considerar la existencia de una sola relación laboral, tal como en efecto lo razonó el fallador de primer grado.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del A Quo que declaró la existencia de un solo vínculo laboral, que se dio entre el 01 de junio de 2014 y el 17 de mayo de 2017.

En cuanto a la **indemnización moratoria**, se tiene que la juez de primera instancia declaró la existencia de un contrato de

trabajo y ordenó el reconocimiento y pago de diferencias de cesantías e intereses a las cesantías, sin embargo, accedió a la sanción moratoria, tras considerar desprovisto de buena fe el actuar del empleador, aspecto que avala la Sala.

Lo anterior por cuanto, en efecto, las pruebas militantes en la diligencias permiten afirmar que el empleador no tenía la convicción de estar actuando bajo la órbita de un contrato de prestación de servicios, puesto que como quedó demostrado en juicio, la demandante estaba sujeta a la imposición de órdenes por parte de su jefe directa Mónica Ivonne Abril, al acatamiento de un horario de trabajo de lunes a sábado de 9:00 A.M. a 6:00 P.M., a la ejecución del servicio en las instalaciones y con elementos suministrados por el empleador, lo que desvirtúa que la labor de la accionante hubiese sido desarrollada con la independencia, liberalidad y autonomía propias de un contrato de índole civil o comercial, tal como quedó dicho en líneas precedentes de esta decisión.

Por lo tanto, contrario a lo afirmado en el recurso por la pasiva, al no haberse probado en juicio la buena fe del demandado, la Sala considera acertada la condena por concepto de indemnización moratoria que sentenció el A Quo; por lo que a continuación y desatando el recurso de la activa, se procede a evaluar si esta se reconoció en debida forma.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral ha expuesto en reiterada y pacífica jurisprudencia, (entre muchas otras sentencias, 06 de mayo de 2010, rad. 36577; 03 de mayo de 2011, rad. 38177, y 25 de julio de 2012, rad. 46385, reiteradas en la SL2805-2020), que la intención del legislador, que se logra desentrañar del artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé, concretamente para aquellos trabajadores que percibiesen una asignación mensual superior al salario mínimo legal, siempre y

cuando interpusieran la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues de lo contrario, el incumplimiento debería resarcirse por medio de intereses moratorios, a partir del finiquito contractual.

En efecto, en la sentencia SL2805-2020, en relación con los trabajadores cuya asignación salarial es superior a un salario mínimo legal mensual vigente, precisó:

“De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico. (Subrayas fuera del texto)”.

Regla aplicada también en las sentencias SL685-2013, SL10632-2014, SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2307-2021, y a las que se acoge la Sala, razón por la cual al evaluar la decisión del A Quo de condenar al empleador, no a la indemnización moratoria, sino a los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a la trabajadora por concepto de salarios y prestaciones en dinero, se encuentra la misma ajustada a derecho y por ello se **CONFIRMARÁ** .

En cuanto a la condena en costas y agencias en derecho

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses del **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO**, es tal entidad la llamada a asumir tal carga.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00803 -01
Demandante: **CLAUDIA MILENA DÍAZ SALCEDO.**
Demandado: **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO.**

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11° del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia venida en apelación.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Demandante: **CLAUDIA MILENA DÍAZ SALCEDO.**

Demandado: **PARTIDO CAMBIO RADICAL COLOMBIANO.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310501220180041701

Demandante: **YANETH GONZÁLEZ LUENGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 012.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los (las) apoderados (as) de la DEMANDANTE y la demandada COLPENSIONES, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **YANETH GONZÁLEZ LUENGAS** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda **se pretende** se declare la "nulidad" o ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se declare que la actora siempre ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad, ordenando a Colfondos S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos, y a esta última a reactivar la afiliación del demandante y recibir los dineros devueltos, así mismo deprecia el pago de perjuicios morales.

De formas subsidiaria, solicita se declare inexistente el acto de traslado de régimen.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes **hechos**:

1) Nació el 9 de diciembre de 1959; 2) Estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS desde el 16 de enero de 1978 hasta el año 2001; 3) En enero de 2001, por no recibir información técnica adecuada, suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A., trasladándose al RAIS; 4) Dicha afiliación la hizo por considerar que el RAIS era mucho más beneficioso que el RPM; 5) En su caso el RAIS es más desfavorable que el RPM; 6) Por lo anterior, su consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliación, por lo que esa decisión adolece de nulidad absoluta ; 7) Colfondos S.A. realizó proyección pensional; 8) El 23 de mayo de 2018 se presentó solicitud ante Colfondos S.A. para que aceptara la nulidad de la afiliación; 9) El 14 de junio de 218 se dio respuesta negativa a la anterior solicitud; 10) El 23 de mayo de 2018 se presentó petición ante Colpensiones para que

considerara la anulación de la afiliación; 11) El 26 de mayo de 2018 se dio respuesta negativa a la anterior solicitud; 12) La falsa expectativa creada por los asesores de la AFP le ha causado un gran impacto emocional.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLFONDOS S.A., (fl. 164-189) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó validez de la afiliación a Colfondos, inexistencia de obligación en cabeza de Colfondos S.A., buena fe, prescripción y la innominada.

Expuso que la afiliación de la demandante a esa AFP estuvo precedida de la entrega de la información cierta y suficiente, pues los asesores encargados de promover las afiliaciones de Colfondos S.A. reciben capacitación permanente que les permite dar una orientación y asesoría adecuada a los potenciales beneficiarios, siendo así la decisión de traslado de la demandante una determinación debidamente informada, libre de apremio y de ello se dejó constancia en el formulario de afiliación.

Adujo que un error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, como lo establece el artículo 1509 del CC, con lo que no puede, por disposición legal, darse cabida a una nulidad de vicio del consentimiento representado en el error en cuanto a un punto de derecho, como sería el entendimiento errado de las consecuencias a nivel normativo de la decisión que libremente tomó el demandante para trasladarse de régimen.

Finalmente, indicó que, en caso de concluirse que la vinculación del demandante ocurrió por error, cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrito en los términos del artículo 1750 del CC.

COLPENSIONES, (fls. 193-209) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Adujo que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, adicionando que la accionante no puede retornar al Régimen de Prima Media, (en adelante RPM) por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, esto es no es posible su traslado porque no cumple con los requisitos dispuestos en la ley y en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013.

Frente a la nulidad, destaca que el error de derecho no vicia el consentimiento contractual, tal como lo establece el artículo 509 del Código Civil, por lo que no hay lugar a que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS del demandante, ya que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte de la actora alguna de las causales de nulidad, vicios del consentimiento, sino que por el contrario confesó que se afilió a Colfondos S.A., por lo que existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando duro más de 19 años realizando aportes continuos al fondo privado.

Concluye indicando que, la afiliación de la demandante a Colfondos S.A. acaeció en el año 2001, por ende, 19 años después, es pertinente mencionar que el transcurso del tiempo subsana cualquier tipo de erro que hubiese podido suceder, pues la accionante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante estos años hubiese presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen o falsas promesas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

“Primero: Declarar la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación de la demandante Yaneth González Luengas, efectuada con la AFP Colfondos S.A. de fecha 10 de enero de 2001 según formulario No. 7634526.

Segundo: Ordenar a Colfondos S.A. a trasladar el valor de saldos, aportes, rendimientos, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante Yaneth González Luengas con destino a Colpensiones.

Tercero: Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de aportes de la demandante y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

Cuarto: Ordenar a Colfondos junto con los rendimientos financieros, trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, incluyendo los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

Quinto: Absolver a las demandadas de las demás súplicas de la demanda.

Sexto: Declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. (...)”

Para fundamentar su decisión adujo, en síntesis que en la sentencia hito que es la SL 12136 del 2014 se expuso que en aplicación del principio de la libre escogencia contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 la afiliación puede ser

transitable entre los dos regímenes, que el fenómeno de la información ha sido analizado por la sentencia 1452 del 2019 sobre la base de 5 pilares: 1) Desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, con la expedición de la Ley 100 de 1993, tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, 2) el grado de intensidad de esa obligación se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento con el momento histórico en que debía cumplirse, 3) el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento al deber de información y por lo tanto se requiere de un consentimiento informado, 4) la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones, 5) la violación al deber de informar puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiario del régimen de transición o está cerca o no de pensionarse, ello conforme a las particularidades de cada caso.

Mencionó, en lo que tiene que ver con la nulidad, que la demandante no demostró algún vicio del consentimiento, empero, el fenómeno que se va a analizar es el expuesto en la sentencia SL 4360 del 2019, esto es el de la ineficacia para establecer la afiliación informada so pena de declarar ineficaz ese traslado.

Al descender al caso concreto, expuso que del formulario de afiliación que obra a folio 29 del expediente se verifica que se dieron las circunstancias de tiempo y modo que delimitan la suscripción del formulario, siendo claro que no se cumplieron los parámetros que establecía el Decreto 1161 de 1994, tratándose del derecho de retracto y tampoco la ilustración de las características, ventajas y desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligaciones que tiene a cargo las administradoras de pensiones, quedando claro que la sola suscripción del formulario no es prueba del consentimiento

informado, encontrándose la carga de la prueba en cabeza de la AFP.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, advirtió que solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue un derecho pensional el cual es imprescriptible ya que afecta los derechos del afiliado, como lo expuso, entre otras, la sentencia SL 1421 de 2019.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **PARTE DEMANDANTE**, argumentó su recurso solamente respecto a la no condena en costas a las entidades demandadas, ya que estas claramente son vencidas en juicio, y siendo la condena en costas una de las pretensiones de la demanda, debidamente controvertida por las demandas ya que se opusieron a las mismas, estas deberán ser condenadas en costas tal como lo establece el artículo 365 del código del proceso serán condenadas en costas.

Así mismo, trajo a colación una sentencia de segunda instancia en un caso similar al aquí debatido, respecto a la no condena en costas, en ese caso era solo respecto de Colpensiones, dentro del expediente 1320190041301 donde la demandante era María Cristina Caicedo Narváez, en un proceso similar a este, la Sala del H. Tribunal determinó que el legislador ha acogido el criterio objetivo de que las costas recaen sobre la parte vencida en juicio por así disponerlo el artículo 365 del CGP, sin razón a su intención, sino por el hecho de ser vencido en juicio.

COLPENSIONES argumentó, que debe tenerse en cuenta que el traslado se hizo acorde al artículo 13 de la Ley 100 en su derecho de libre escogencia y este derecho fue ratificado por más de 19 años por la demandante al estar en este régimen, donde

nunca manifestó ningún tipo de observación y en tal entendido, aplicando las normas civiles, ya sea el artículo 1508 y 1750 del CC, con el pasar de este tiempo se subsano todo vicio o inconsistencia que provoque la nulidad del traslado.

Solicitó tener en cuenta la prohibición de 10 años que contempla el mencionado artículo 13, pues aquí la demandante está inmersa en esa prohibición y por ende su traslado no debería surtirse.

Finalmente, pidió tener en cuenta el precedente jurisprudencial de la sentencia SU 062 de 2009 en cuanto a que la demandante no cumplía, al 01 de abril de 1994, con las 750 semanas y también que se ordene a la AFP demandada a que reintegre los gastos de administración ya que al declararse la ineficacia la afiliación nunca existió.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de la demandante, quién reiteró lo expuesto en la demanda y recurso interpuesto.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problema jurídico por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos

requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta

pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 0016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el

propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir,

que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L.

1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) 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."

De otro lado, **en cuanto a la posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, **sentencia SL3464-2019** radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a

cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 16/01/1978 (fl. 34 y 210); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día

10/01/2001 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A. (fl. 29 y 182); y iii) que el día 23/05/2018 (fl. 41 y 47) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 29 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de enero de 2001 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia transcrita *in extenso* en precedencia así como en posterior decisión¹, según las cuales “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.”

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, los fondos privados demandados tienen la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación, tal como fue argumentado por las demandadas en sus apelaciones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada **es la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del 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, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)" (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, dado que el estudio no se hace con base en estos.

Ahora bien, frente al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **COLFONDOS S.A.**, incluyendo los gastos de administración, debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“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”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluidos los gastos de administración, condena que en tal sentido **SE ADICIONARÁ**, para que estos - los gastos de administración - sean debidamente indexados, ello en virtud de la consulta que se surte en favor de la entidad de pensiones pública.

En cuanto al argumento expuesto por COLPENSIONES en su recurso, respecto de la ratificación y subsanación debido a

la conducta de la afiliada, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo o por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS.

Frente a lo argüido por la misma entidad, respecto a que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

En cuanto a lo solicitado por la parte demandante respecto de la condena en costas, debe decirse que, conforme las voces del artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1° se condena en costas “a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.

Al respecto, en providencia AL 2163-2021 rad. 79842, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dijo:

“El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por autorización del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, el de casación o el de revisión que haya interpuesto. La Corte se ajustó a lo previsto en el citado artículo, toda vez que el recurso interpuesto no prosperó y, así, se causaron agencias en derecho a favor de la opositora.”

Y en auto AL 2787 -2021 Rad 79134, expuso:

"(...) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto". Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición."

Por ello, acertado resulta el argumento expuesto por la parte demandante, por lo que se **REVOCARÁ** el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **CONDENAR** en costas a la **A.F.P COLFONDOS S.A.**, por ser la parte vencida en juicio.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»".*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de CONDENAR a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido por concepto de gastos o cuotas o gastos de administración debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

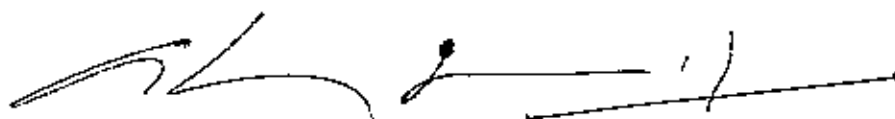
SEGUNDO.- REVOCAR el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, CONDENAR en costas a **COLFONDOS S.A.**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

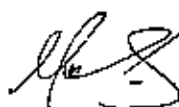
CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en **EDICTO** atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

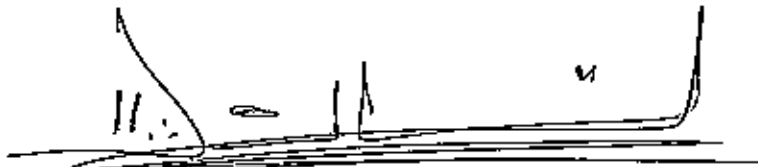
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!