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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FERNANDO JUÁREZ ACOSTA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **003 2019 00892** 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 21 de julio de 2021, por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

De conformidad con los folios 86 a 89 del expediente, en el trámite de los alegatos de conclusión de la apelación se verifica la sustitución de la apoderada judicial de Colpensiones respecto de este

proceso, por lo cual se reconoce como apoderada judicial sustituta de la misma parte a la abogada MARÍA CLAUDIA TOBITO MORENO, en los términos y para los efectos del poder conferido. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**.

Dicho esto, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Porvenir S.A., el 1.° de julio de 2000, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, Colpensiones debe recibirlo, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.° 3-7).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 8 de febrero de 1955; realizó aportes en Instituto de Seguros Sociales-I.S.S., entre el 6 de agosto de 1997 y el 1.° de julio de 2000. Para entonces, fue visitado en el sitio de trabajo por los asesores de Porvenir S.A., quienes le brindaron información acerca de las pensiones, lo que motivó su traslado de pensiones a dicho fondo el 1.° de julio de 2000.

Afirmó, que en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada el 7 de noviembre de ese año, por Colpensiones (f.° 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 14 de enero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.° 39). El 30 de enero se entregó notificación por aviso a Colpensiones.

COLPENSIONES S.A., invocó en su defensa la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, la improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, la inexistencia de la obligación de afiliación, el error de derecho que no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, y la innominada o genérica (ff.° 41-59).

PORVENIR S.A., tras notificación personal de 4 de marzo, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (CD f.° 69).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio tras acusar recibo de las diligencias el 19 de marzo (f.° 66).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 21 de julio de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante desde junio de 2000 a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, ordenó a esta A.F.P. trasladar "los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante FERNANDO

JUÁREZ ACOSTA por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme la parte motiva de esta providencia" al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quien deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S. Declaró no probadas las excepciones propuestas por ambas demandadas, y las condenó en costas (ff.° 79-80, 78 CD –Audiencia, CD, 1h56m-).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., solicitó principalmente la revocatoria en su integridad del fallo de primera instancia, por cuanto se ignoraron los medios de prueba, de los cuales no se hizo relación en el fallo. Manifestó, que tampoco se hizo alusión a la lesión injustificada del derecho pensional del afiliado producto de la ausencia de información, la cual no se halla acreditada en el proceso, en desobediencia al precedente judicial de la Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL4806-2020, del magistrado Gerardo Botero Zuluaga. La A.F.P. en efecto proveyó información clara, veraz y oportuna, lo cual era parte de sus obligaciones para el año 2000, y el interrogatorio de parte que intenta probar lo contrario es contradictorio, por lo cual debe valorarse como poco creíble.

Subsidiariamente, solicitó la revocatoria de la orden de traslado de los dineros por concepto de gastos de administración y primas de seguros provisionales, por cuanto tienen destinación específica por mandato legal, son lo aportado para lograr los rendimientos debidamente generados, y ya no se encuentran en poder de la A.F.P.

Según el artículo 7.° del decreto 3995 de 2008, desconocido por el fallador, y concepto de 15 de enero de 2020, de la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de la vigilancia de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, no se debían trasladar los valores invertidos en el seguro previsional.

COLPENSIONES S.A., solicitó la revocatoria en su integralidad del fallo de primera instancia, por cuanto la decisión se basó en la jurisprudencia, la cual es criterio auxiliar de decisión judicial, y no en los textos jurídicos bajo cuyo imperio debe decidir el juez. De igual manera, debe hacer referencia el juez a los alegatos de conclusión, los cuales son los que, a diferencia de la demanda, constituyen más que un mero escrito de argumentos. Adujo, que si el juzgador no los atiende, como fue el caso, deben ser considerados ahora por el juez de segundo grado.

A su vez, dijo que no es claro cómo podría el apoderado de la parte demandante hablar de artificios, engaños y vicios en que hizo incurrir el agente de la A.F.P. al demandante, por cuanto él no estuvo en el lugar y circunstancias de los hechos. Por otra parte, no hay pruebas de tales hechos, o de cómo el acuerdo con el traslado por el demandante es fruto de otra cosa que su propia torpeza si se observa desde la sana crítica, contra la cual el fallador atenta. Así, el juzgador habría hecho una suposición de existencia de beneficiarios a los 39 minutos de la audiencia, e hizo una inversión de la carga de la prueba jurídicamente insostenible a los 43 minutos y 57 segundos.

Tampoco, se puede mantener la condena en costas y agencias en derecho, por cuanto en estos casos no opera en defensa de la confianza legítima. Ni se puede mantener esta condena, que se opone al principio de sostenibilidad, al ordenar una pensión incierta bajo el R.P.M.P.D. que aumenta los costos del sistema general de pensiones

del 11 al 65% del ingreso base de liquidación promedio de los últimos 10 años del demandante, cuando además, en su mayoría, la población colombiana no goza de pensiones tan altas como la que espera obtener.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de la administradora

demandada. Así como también, si hay lugar o no a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 8 de febrero de 1955 (f.° 3); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 6 de agosto de 1996 hasta el mes de junio de 2000, 98,14 semanas (f.° 16); ***iii)*** que el 1.° de junio de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 2.° de junio de 2000 (ff.° 20-21), con un total de 1128 semanas cotizadas para 11 de noviembre de 2020, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa en las páginas 1 a 11 del archivo de Anexos en el CD (f. 69).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con

el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante sufrió traslado efectivo desde el 2 de junio de 2000, y aparece consolidado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A. (ff.° 3, 16, 18, 69 –Archivo Anexos, págs. 1-11, 25-). Ahora, se halla una incongruencia entre la fecha de traslado y efectos del mismo, por cuanto el formulario de traslado fue diligenciado el 11 de

noviembre de 2000, según consta en el folio 69 (CD, archivo Anexos cd, pág. 34). En todo caso, este formulario, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus*

[1] CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como

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

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, *"(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado*

en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 1.° de junio de 2000, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 69, Archivo Anexos, pág. 34), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea el demandante en su cuenta, junto con las sumas de seguro previsional y gastos de administración. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta segunda instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 21 de julio de 2021, por el Juzgado 3.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales

[3] CSJ SL1688-2019.

como cotizaciones obligatorias o voluntarias, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

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

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JENNY SOSA NIETO** contra **ATLAS SEGURIDAD LTDA.**

EXP. 11001 31 05 **005 2019 00449** 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que entre ella y ATLAS SEGURIDAD LTDA., existe un contrato de trabajo desde el 22 de enero de 2015 hasta la actualidad, y la ineficacia de su despido, como quiera que fue sin justa causa, así como del contrato celebrado el día 23 de abril de 2019, para en su lugar, dar continuidad al contrato de trabajo a término indefinido firmado el día 16 de enero de 2016. Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir desde el 8 de febrero de 2019 al 22 de abril de la misma anualidad; de los aportes al sistema de seguridad social causados en dicho periodo, y al pago de los intereses que se hubiesen causado sobre estas sumas.

De forma subsidiaria, solicitó que la demandada le pagara la indemnización por despido sin justa causa; la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y lo que resultare probado ultra y extra petita.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que inicialmente celebró un contrato de obra o labor con la demandada, que posteriormente, el día 16 de enero de 2016, celebró un contrato de trabajo a término indefinido con esta para desempeñar el cargo de Guarda de Seguridad; que devengaba un salario de $826.116 M/CTE; que el 18 de diciembre de 2018, se afilió al Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Industria y Vigilancia de la Seguridad Privada - SINTRAVIP; que el 18 de enero de 2018, la Jefe del Departamento de Programación le certificó que su horario sería de lunes a viernes desde las 6:00 a.m. hasta las 14:00 p.m., y los sábados de 6:30 a.m. a 18:30 p.m., descansando los domingos y festivos, y que el 28 de agosto de 2018, el mismo departamento le indicó que los domingos y

festivos sería reemplazada por Yadir Moreno, y que ello fue ratificado el día 8 de octubre de 2018.

Sostuvo, que el 17 de diciembre de 2019, le fueron otorgadas sus vacaciones las cuales finalizaban el día 4 de enero de 2019; que como conforme al horario estipulado no trabaja los domingos y festivos, se presentó a laboral el día 8 de enero de 2019; que el 30 de enero de 2019, fue llamada a diligencia de descargos; que se le inició un proceso disciplinario por no presentarse a laborar el 7 de enero de 2019, y que el 8 de febrero de 2019, la demandada le presentó la carta de terminación de contrato de trabajo, alegando como justa causa que no se presentó a laborar el 7 de enero de 2019.

Expuso, que el día 28 de febrero de 2019, presentó acción de tutela, la cual fue conocida por el Juzgado 28 Municipal de Bogotá, autoridad judicial que en sentencia de 8 de abril de 2019, tuteló sus derechos fundamentales, y ordenó al representante legal de la demandada, o quien hiciera sus veces, a reintegrarla a un cargo de igual o mejores condiciones del que venía desempeñando, decisión que fue confirmada por el Juzgado 50 Penal del Circuito con Función de Garantías; que el día 23 de abril de 2019, suscribió nuevamente un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de guarda de seguridad; que la empresa le indicó que conforme a la parte resolutiva del fallo de tutela únicamente efectuaría su reintegro, pero que como en el mismo no se indicó que este sería sin solución de continuidad, se elaboraría un nuevo contrato de trabajo; que el contrato celebrado el día 23 de abril de 2019, desmejoró sus condiciones laborales, por lo que la demandada había desconocido lo dispuesto en el fallo de tutela; que el 6 de junio de 2019, fue citada nuevamente a dos diligencias de descargos; que en una de ellas indicó que se presentó a laborar el día 14 de mayo de 2019, en cumplimiento

del horario estipulado, y en la otra, se le endilgó el cargo de porte de uniforme no asignado por la compañía para la operación.

Finalmente, señaló que es madre cabeza de familia; que la demandada no ha dado respuesta a los descargos presentados por ella, y que al momento del reintegro no le pagó los 3 meses de salario causados entre el 8 de febrero de 2019 y el 22 de abril de 2019. (Archivo n.° 1, pág. 5 - 15).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de agosto de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Archivo n.° 1, pág. 83).

SEGURIDAD ATLAS DE COLOMBIA L.T.D.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demandante. Manifestó, que terminó el contrato de trabajo de esta con justa causa, y que no había prueba alguna que invalidara el contrato suscrito el día 23 de abril de 2019, máxime cunado en el fallo de tutela proferido por el Juzgado 28 Penal Municipal de Bogotá, no se ordenó la continuidad del contrato suscrito el día 16 de enero de 2016.

Alegó en su favor, las excepciones de justa causa del despido, debido proceso disciplinario, cumplimiento al reintegro ordenado por el juez constitucional, inexistencia de desmejora de las condiciones del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y de fuero de salud, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, incumplimiento al deber probatorio, prescripción y compensación (Archivo n.° 1, pág. 107 - 150).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 13 de noviembre de 2020, condenó a SEGURIDAD ATLAS L.T.D.A., a pagar a la demandante, la suma de $3.689.290, por concepto de indemnización por despido injusto; indicó, que dicha suma debe ser debidamente indexada, teniendo en cuenta como I.P.C. inicial el del mes de febrero de 2019, y como I.P.C. final el del mes anterior al que se efectúe el pago; absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, declarando parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación, respecto del reintegro definitivo, y la condenó en costas.

Consideró, que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar si procedía el reintegro definitivo de la demandante, o si la demandada debía reconocerle la indemnización por despido injusto contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señaló, que no accedería a la pretensión principal, esto es, el reintegro definitivo, como quiera que no se demostró la condición de madre cabeza de hogar de la actora. No obstante, estimó que a la demandante si le debía ser reconocida la indemnización por despido injusto, como quiera que la causa que alegó la empresa para finalizar el contrato de trabajo de ella, ya que no se presentó a laborar el día 7 de enero de 2019, día en el que según la demandada culminaban las vacaciones de la trabajadora, era inexistente.

Lo anterior, por cuanto la empresa no le informó con precisión la fecha en que debía reintegrarse a sus labores, ni tampoco se demostró con claridad el día en que iniciaron las vacaciones de la demandante, no obstante como con las pruebas arrimadas al proceso era posible inferir que las mismas, iniciaron el día 19 de diciembre de

2018, y el día 7 de enero de 2019, fue festivo, concluyó que la actora debía presentarse a laborar el día 8 de enero de 2019.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la condena de la indemnización por despido sin justa causa.

En síntesis, aseveró que como el periodo vacacional de la demandante iniciaba el día 18 de enero de 2018, los 15 días hábiles culminaban el día 7 de enero de 2019, por lo que ese día era cuando la actora debía reintegrarse a laborar.

Señaló, que el periodo de vacaciones inició el 18 de diciembre de 2018, y que incluso la actora en su interrogatorio de parte admitió que desde esa data inició su periodo vacacional, y que la conclusión a la que arribó el *a quo* de que las vacaciones iniciaron el día 19 de diciembre de 2018, se basó simplemente en indicios que podían derruirse con la prueba documental allegada al proceso, concretamente con la carta de fecha de 26 de diciembre de 2018, en la que se le informó a la actora que el día 18 de enero de 2018, iniciaron sus vacaciones.

Arguyó, que si bien la actora se presentó a laborar el 18 de enero de 2018, ese día se le informó que se encontraba en vacaciones, y que no debía trabajar, entonces si ella tenia conocimiento de que sus vacaciones iniciaron ese día, y de que los 15 días hábiles culminaron el día 7 de enero de 2019, no había razón alguna que justificara el motivo por el cual no se presentó a laborar ese día.

Agregó, que la trabajadora tenía conocimiento de que debía laborar los días festivos, y que ya tenía antecedentes por no haberse presentado a laborar en estas fechas.

Finalmente, indicó que en caso de ser condenada al pago de la indemnización por despido injusto se tuviera en cuenta el periodo sobre el cual el *a quo* efectuó el cálculo de dicho rubro.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandada, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar, si el hecho de que la demandante no se haya presentado a laborar el día 7 de enero de 2019, después de haber disfrutado de sus vacaciones, constituye una justa causa de despido.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que ***i)*** el día 29 de agosto de 2014, las partes suscribieron un contrato de trabajo de obra o labor (Archivo n.° 1, pág. 28 - 29 y pág. 151); ***ii)*** que dicha modalidad contractual fue modificada el día 16 de enero de 2015, debido a que pasó a ser un contrato de trabajo a término indefinido (Archivo n.° 1, pág. 51 y pág. 113); ***iii)*** que el último salario que devengó la actora fue de $1.119.233; ***iv)*** que el 18 de enero de 2019, la demandada citó a diligencia de descargos a la actora debido a que no se presentó a laborar el día 7 de enero de 2019 (Archivo n.° 1, pág. 233); ***v)*** que el 31 de enero de 2019, se llevó a cabo la diligencia de

descargos (Archivo n.° 1, pág. 228 - 230) ***vi)*** y que el 8 de febrero de 2019, la empresa decidió dar por terminado el contrato de trabajo de la actora (Archivo n.° 1, pág. 23 - 24 y 250 - 251).

En reiterada jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justificación del mismo. En sentencia SL–4547 de 2018, dicha corporación estableció que una vez probado el hecho del despido, como en efecto sucedió en el presente caso, toda vez que la demandante aportó la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo (Archivo n.° 1, pág. 23 - 24 y 250 - 251), a la parte accionada le corresponde acreditar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral. En la misma providencia, se expresó lo siguiente: *"No basta con comunicar los motivos que llevan a finalizar unilateralmente el contrato laboral, dado que para que un despido se repute justo el empleador debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente su ocurrencia. De lo contrario, fallará en la labor demostrativa que le incumbe en el escenario judicial y las imputaciones en las que fundamentó la rescisión contractual quedarán como simples señalamientos sin confirmación."*

Se tiene entonces, que en la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo de fecha de 8 de febrero de 2019, la demandada adujo:

"(...) Seguridad Atlas Ltda. es una empresa en la cual se trabaja necesariamente por turnos de trabajo si es parte de la parte operativa. En este sentido, a usted se le ha señalado de manera reiterada que debe trabajar los lunes festivos, no obstante, usted continua incumpliendo esta instrucción de manera persistente y desconociendo las diferentes retroalimentaciones y reiteraciones de instrucciones que se le han dado. Finalmente, el 7 de enero de 2019, cuando usted conocía que se debía presentar a trabajar, nuevamente decide no hacerlo, y adicionalmente no avisa de su inasistencia, de modo que se pueda tomar medidas para poder evitar cualquier tipo de perjuicio."

Conforme a lo descrito, la demandada señaló que la actora desconoció lo dispuesto en los numerales 1.° y 5.° del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra las obligaciones especiales del trabajador, y alegó como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo de la actora las establecidas en los numerales 4.° y 6.° del literal a) del Código Sustantivo del Trabajo, a saber:

> *"4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*
>
> *(...)*
>
> *6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."*

Ahora, para determinar si la parte demandada logró acreditar las faltas atribuidas a la actora, habrá de revisarse el acervo probatorio que se aportó al proceso.

Se tiene que en la página n.° 19 del expediente virtual, obra la citación hecha a la actora para rendir cargos y descargos, en la que se le endilga la ausencia al servicio el día 7 de enero de 2019, y en donde se le informa que la misma se llevará a cabo el día 31 de enero de 2019 (Archivo n.° 1, pág. 228 - 230). En esta diligencia, la actora manifestó lo siguiente: *"Quiero decir que no me notificaron una carta de vacaciones tampoco donde dice el día de salida y de ingreso. Quiero aportar como prueba las cartas de programación y la carta de vacaciones donde supuestamente dice que ingreso el 7 y no dice nada. Quedo pendiente de anexar desprendibles de nómina de octubre para adelante".*

Igualmente, se observa que el día 17 de diciembre de 2018, la demandante solicitó que le fueran reconocidas sus vacaciones a partir del 22 de diciembre de la misma anualidad, en síntesis, por motivos personales (Archivo n.° 1, pág. 232), y que el 26 de diciembre de 2018, la demandada dio respuesta a esta, informándole lo siguiente: *"me permito dar trámite a su solicitud indicándole que la misma es procedente, y por tal motivo se efectuaron los cambios de programación establecida para los efectos, por lo tanto, usted se encuentra disfrutando de su periodo de vacaciones desde el 18 de diciembre de 2018".* (Archivo n.° 1, pág. 180).

De las anteriores probanzas, se coligen dos irregularidades, en primer lugar, que pese a que la actora solicitó vacaciones el día 17 de diciembre de 2018, a partir del 22 de diciembre de la misma anualidad, solo hasta el día 26 de diciembre de 2018, recibió respuesta, en la cual se le indicó que su periodo vacacional inició el día 18 de diciembre de 2018, de manera que, para esa fecha la actora no tenía certeza respecto del extremo inicial de sus vacaciones, por lo que ese día se presentó a laborar como lo admitió el recurrente.

Lo anterior, llevó a concluir al *a quo* que el periodo vacacional de la actora realmente inició el día 19 de diciembre de 2018, apreciación que a juicio de esta sala no resulta descabellada, dado que la empresa informó de manera tardía a la actora del inicio del mismo, lo que generó que esta se presentara a laborar el día 18 de diciembre de 2019, fecha en la que la empresa insiste iniciaron las vacaciones de la demandante.

Como segunda irregularidad, se tiene que la empresa demandada, desde la carta de terminación de contrato de trabajo de la actora (Archivo n.° 1, pág. 23 - 24 y 250 -251), insiste en que esta tenía conocimiento de que debía trabajar los días festivos, y que sabía que el 7 de enero de 2019, debía presentarse a laborar, pero que

decidió no hacerlo, falta esta en la que ya había incurrido en varias ocasiones.

Al respecto, debe decirse que el artículo 177 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que todos los trabajadores tienen derecho al descanso remunerado en los días de fiesta. No obstante, el artículo 179 *ídem*, permite que los trabajadores laboren los domingos y festivos siempre que se les aplique el respectivo recargo sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.

Es claro entonces, que en uso de la facultad *ius variandi*, el empleador pueda disponer que el trabajador labore un día festivo, siempre que reconozca el referido recargo. Sin embargo, dentro del plenario no obra prueba alguna que de cuenta de que la empresa le haya indicado a la actora que debía presentarse a laborar el lunes festivo 7 de enero de 2019, y que ese día culminaba su periodo vacacional, hecho que tampoco podía inferir la actora de forma diligente como lo pretende el recurrente, pues se ítera que en los días festivos, conforme al estatuto laboral, hay lugar al descanso remunerado, salvo que el empleador requiera del servicio del trabajador en esas fechas.

Tampoco, hay prueba alguna que demuestre que la actora, a lo largo de la ejecución del contrato laboral, siempre haya tenido que laborar los días festivos, y que en el contrato de trabajo se haya pactado algo así.

Ahora, el hecho de que a la demandante se le haya impuesto una sanción disciplinaria por haberse ausentado a laborar los días 13 y 14 de abril de 2017, también festivos, como consta en comunicación de 21 de abril de 2017 (Archivo n.° 1, pág. 215), tampoco es indicativo, de que el día 7 de enero de 2019, debía

presentarse a trabajar, y mucho menos, que durante toda la relación laboral la actora siempre le correspondió asumir los turnos de trabajo los días festivos.

Así las cosas, es dable concluir que la demandada falló en su labor de demostrar la ocurrencia de la justa causa que alegó para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante, al ser evidente su falta de precisión respecto de los extremos temporales del periodo vacacional de la actora, y por haberle omitido avisarle que requería de sus servicios el día lunes festivo 7 de enero de 2019, por lo que es claro que la actora tiene derecho al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, pues si se presentó a laborar el día 8 de enero de 2019, fue con la plena convicción, de que por ser día festivo, el 7 de enero de 2019, tenía derecho a descansar, aunado el hecho de que el 18 de diciembre de 2018, tuvo que presentarse a laborar, dada la falta de respuesta por parte de la demandada a la solicitud de vacaciones que elevó la actora el día 17 de diciembre de 2018.

De otra parte, para calcular el valor correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa, el *a quo* tuvo como extremo inicial, el día 29 de agosto de 2014, fecha en que las partes suscribieron el contrato de trabajo, y como extremo final, el día 8 de febrero de 2019, data en la que la demandada finalizó unilateralmente la relación laboral, periodo con el cual estuvo de acuerdo el apelante. En este orden, no le queda a esta sala otro camino que **confirmar** en su totalidad la decisión de primera instancia.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SIRLHEY EUGENIA DEL SOCORRO PARDO URIBE** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A**.

EXP. 11001 31 05 **005 2020 00184** 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 9 de julio de 2021, por el Juzgado 5.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare el incumplimiento con el deber legal de dar información veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa a la demandante por la A.F.P. PORVENIR S.A., respecto del traslado de régimen pensional; en consecuencia, que se declare la ineficacia de la afiliación al R.A.I.S. efectuada a Porvenir S.A., que ella nunca se trasladó al R.A.I.S., y que aún está válidamente afiliada a COLPENSIONES. Pretendió también, que se condene a PORVENIR S.A. a registrar como ineficaz su afiliación; a COLPENSIONES a activar su afiliación; a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, bonos y títulos pensionales que hubiere, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; a COLPENSIONES, a recibir tal traslado; a las demás condenas contra las demandadas que surgieren de acuerdo con los hechos probado conforme con las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho (Archivo 1, págs.° 8-9).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S. entre el 7 de febrero de 1985 y el 30 de abril de 1997. Posteriormente, los consignó en la A.F.P. Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., desde el 1.° de mayo de 1997 hasta el 30 de diciembre de 1999. Para esto, la visitaron asesores de Colpatria S.A., quienes le brindaron información engañosa, incompleta y contraria a sus intereses acerca del R.A.I.S. Ni ante el traslado, ni en el transcurso de la afiliación desde 1997 hasta 2019, Colpatria o Porvenir proveyeron información que saneara las falencias iniciales.

Tras darse cuenta de lo lesivo que era el sistema para ella, la demandante intentó en 2019, trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por Colpensiones y por Porvenir S.A. (*idem*, pág. 8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 27 de agosto de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y solicitó la proyección de la mesada pensional a las demandadas en su respectivo régimen al contestar la demanda (*idem*, págs. 74-75).

COLPENSIONES, contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa, propuso como excepciones las de Inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, Error de derecho que no vicia el consentimiento, Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, Buena fe, Cobro de lo no debido, Falta de causa para pedir, Presunción de legalidad de los actos jurídicos, Inexistencia del derecho reclamado, Prescripción, y la Innominada o genérica (*idem*, págs. 93-116).

PORVENIR S.A. contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos. y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación, y la Genérica (*idem*, págs. 147-188).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio tras el acuse de recibo de 3 de septiembre de 2020, de los documentos que le eran debidos (*idem*, págs. 82-83). Luego, hizo lo mismo el 25 de septiembre (*idem*, págs. 82-83).

Tras esto, el 25 de noviembre de 2020, la demandante presentó memorial de impulso procesal (*idem*, págs. 272-273). y el 22 de junio de 2021, el Juzgado fijó audiencia para el 9 de julio (*idem*, págs. 274-275).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de julio de 2021, declaró la nulidad del traslado de la demandante al R.A.I.S. administrado por Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A.; ordenó a Porvenir S.A. el traslado de las contribuciones junto con rendimientos, frutos e intereses; ordenó a Colpensiones recibir el traslado de los aportes de la demandante y actualizar historia laboral de la demandante como si el traslado nunca hubiera ocurrido; condenó en costas por 4 s.m.l.m.v. a Porvenir S.A., y ordenó el envío al superior la decisión para consulta, de no ser apelada, a favor de Colpensiones (*idem*, págs. 334-339).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia de primer grado con el argumento de que la demandante se halla válidamente afiliada a Porvenir S.A., sin que se evidenciara vicio del consentimiento, y de que se subsanó cualquier vicio al permanecer en el régimen por más de 10 años. Señaló, que no hay evidencia de que haya ocurrido un error de hecho, sino uno de derecho, más este no vicia el consentimiento. Consideró, que no hay lugar a recibir a la

demandante en el R.P.M.P.D. por cuanto ella recae en el régimen de la Ley 797 de 2003, y este prohíbe los traslados en sus circunstancias. De igual manera, se estaría vulnerando el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, al descapitalizarlo. Finalmente, apuntó que el R.A.I.S. sería más beneficioso para la demandante, por cuanto no cuenta aún con las semanas requeridas del R.P.M.P.D., mientras que en aquel sí puede pensionarse ya.

PORVENIR S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por cuanto las consideraciones del fallador se centrarían más en la figura de la nulidad que de la ineficacia del traslado. Así, la argumentación del fallador llevaría a buscar vicios del consentimiento, los cuales no se acreditan, pues la futura desaparición del Seguro Social en el momento de la afiliación era un hecho cierto, que efectivamente se concretó. Ahora, las características del R.A.I.S. estaban en la ley. Por otra parte, el traslado de la carga de la prueba que hace la Corte Suprema no puede ser automático, sino según el caso particular, cuando se acredita la pérdida de beneficios pensionales. Así las cosas, aquí eso no se habría acreditado, ni qué actuación constituye vicio del consentimiento o falta al deber de información. Finalmente, si se accede a la declaratoria de la ineficacia, sería absurdo en todo caso condenar a devolver los rendimientos financieros, por cuanto ellos carecerían también de causa.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos

referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 8 de julio de 1960 (*idem*, pág. 18); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7 de febrero de 1985 hasta el 31 de marzo de 1997, 169,71 semanas (*idem*, pág. 138); ***iii)*** que el 5 de marzo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colpatria S.A., hoy A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de mayo de 1997, donde aún se encuentra afiliada (*idem*, págs. 222, 225, 233), con un total de 1070 semanas cotizadas para el 22 de abril de 2019, según

lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Expediente Administrativo de Colpensiones, en el Archivo 2.° en sus páginas a 32 a 36.

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

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

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

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, la entrega de una comunicación escrita donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones. Y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación (de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones) estuviera 'preimpresa' en el formulario

de vinculación; norma esta que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía

sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el 5 de marzo de 1997, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA S.A., hoy por PORVENIR S.A., donde sigue afiliada, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 1.°, págs. 222, 225, 233), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*[2]

---

[1] CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por*

pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones -obligatorias o voluntarias-, bonos pensionales, sumas del seguro previsional y de la garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 5 de marzo de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA S.A., hoy por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes

[3] CSJ SL1688-2019.

que posea la demandante en su cuenta, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y seguros. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 9 de julio de 2021, por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias o voluntarias, bonos pensionales, sumas de seguro y garantía de pensión mínima, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

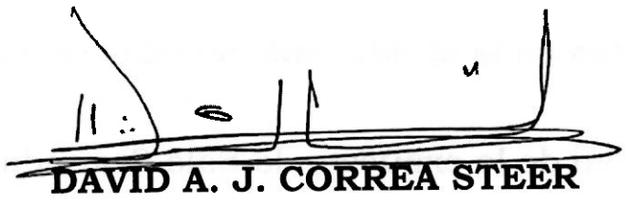
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eic00-4jCURHmfZ6UysyZE8Bm7BJyFfujy7XDVVPT1F3eQ?e=HMATq0

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ESPERANZA GÓMEZ ARISTIZABAL** y **DARÍO ANDRADE BELTRÁN** contra **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **006 2018 00274** 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendieron los demandantes que se le ordenara a la demandada el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, debidamente indexada, en calidad de padres del causante, Johan Sebastián Andrade Gómez, a partir del 5 de noviembre de 2017, y al pago de los intereses moratorios hasta que se efectuara el pago de dicha prestación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestaron que el causante, Johan Sebastián Andrade Gómez, su único hijo, nació el 22 de noviembre de 1995, y falleció el 5 de noviembre de 2017; que para el momento de su fallecimiento laboraba para la Fundación Universitaria del Área Andina, y que él era quien cubría los gastos de vivienda, alimentación, pago de servicios públicos, educación, recreación y vestuario, entre otros, de su grupo familiar.

Sostuvieron, que la demandada les negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con el argumento de que no acreditaban la condición de beneficiarios, debido a que el momento del fallecimiento del causante no dependían económicamente de él; que ellos si dependían económicamente de su único hijo, y que a la fecha ninguno goza o disfruta de pensión alguna por parte del sector público o privado (f.° 4 - 10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 30 de agosto de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 34).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A., se opuso a todas y

cada una de las pretensiones de los demandantes. Esgrimió, que no se causaba en favor de los actores, el derecho a la pensión de sobrevivientes, como quiera que estos no acreditaron la dependencia económica respecto de su hijo, y que al no adeudarles suma alguna tampoco se causaban los intereses moratorios pretendidos.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de ella, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, y prescripción.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 16 de marzo de 2021, condenó a Porvenir S.A. a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes a los demandantes a partir del día 5 de noviembre de 2017, en cuantía inicial de $737.717 junto con la mesada trece adicional, y al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el vencimiento del término de 2 meses que tenía la entidad demandada para reconocer la prestación.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la parte actora conformada por los progenitores del causante Johan Sebastián Andrade Gómez acreditaban el derecho a la pensión de sobrevivientes regulada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por ocasión de la muerte del antes citado, acaecida el día 5 de noviembre de 2017.

Indicó, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dispone que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a falta de cónyuge compañero o compañera permanente e hijos con derecho, los padres del causante si dependían económicamente de él.

Señaló, que el causante acreditó la densidad de semanas exigidas en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, como quiera que cotizó más de 50 semanas dentro de los 3 últimos años anteriores a su fallecimiento.

Respecto, de la dependencia económica estimó que la misma se acredito con los testimonios de Luz Adrián Aristizabal, y Luís Ernesto Vargas García, como quiera que estos manifestaron que el causante contribuyó con un porcentaje importante para la manutención de su hogar, como para satisfacer las necesidades básicas o mínimas de los miembros del grupo familiar, lo que permitía inferir que los actores tuvieron una subordinación económica relevante frente al ingreso que les otorgaba el causante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDADA,** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que era causal de negación del derecho pensional solicitado en el presente proceso, lo expresado por los actores en las comunicaciones remitidas a los mismos, obrantes en el expediente y desconocidos por la *a quo* en las que claramente se indica que los demandantes no reunían los requisitos de dependencia económica que pretenden hacer ver.

Dijo, que con los testimonios practicados y pruebas documentales, se probó que el señor Darío Andrade Beltrán, padre del afiliado fallecido, tenía para la fecha de su deceso trabajo como independiente, y que percibía unos ingresos que oscilaban entre $800.000 y $1.000.000 de pesos, así como que recibía ayuda de los hermanos de la madre del afiliado fallecido, aproximadamente por

$1.000.000, para sufragar los gastos del pago de la seguridad social, y que el causante trabajaba, estudiaba, y pagaba sus estudios con ayuda de sus familiares, lo que fue corroborado por él en el interrogatorio de parte.

Expresó, que en el formulario de solicitud de pensión, los demandantes indicaron que cotizaban en salud en el régimen contributivo, y en la E.P.S. Sura, lo cual fue corroborado por ellos en su interrogatorio de parte.

Agregó, que no era acertada la condena efectuada por el a quo respecto del pago de los intereses moratorios, desde la fecha indicada por el despacho, esto es, 2 meses posteriores al 28 de mayo de 2018, como quiera que PORVENIR S.A., soportó la negativa del reconocimiento de la pensión en fundamentos legales dispuestos en la ley, pues los actores, al diligenciar los formatos de solicitud pensional, señalaron que ellos recibían ingresos y que tenían E.P.S.

Finalmente, solicitó que se revocara la condena en costas, debido a que PORVENIR S.A., actuó con apego al ordenamiento jurídico y con buena fe, pues si negó la pensión fue con base en la información que arrojó la investigación del núcleo familiar del afiliado fallecido, y la información que entregaron los actores al diligenciar los formatos de solicitud de la pensión.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala determinará como problemas jurídicos, los siguientes: ***i)*** si los demandantes acreditaron el requisito de dependencia económica respecto de su hijo, para ser beneficiarios de la pensión de

sobrevivientes; ***ii)*** en caso de ser afirmativo, si es viable el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ***iii)*** y si Porvenir S.A., no debió ser condenada a las costas del proceso.

Dentro del plenario, no fue objeto de discusión que: ***i)*** Johan Sebastián Andrade Gómez, nació el día 22 de noviembre de 1995, y que es hijo de los demandantes Esperanza Gómez Aristizabal y Darío Andrade Beltrán, conforme al registro civil de nacimiento obrante a f.° 17; ***ii)*** que el causante falleció el día 5 de noviembre de 2017, de acuerdo con el registro civil de defunción (f.° 18); ***iii)*** y que al momento de su deceso, se encontraba afiliado a Porvenir S.A., en donde cotizó un total de 158 semanas hasta el 2 noviembre de 2017 (f.° 48 - 54); de manera que, superó las 50 semanas requeridas por el numeral 2.° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, norma aplicable al caso por estar vigente al deceso del afiliado (CSJ sentencias SL17521-2016 y SL15873-2017).

1.1. De la dependencia económica de los padres para ser considerados beneficiarios de una pensión de sobrevivientes.

En reiterada jurisprudencia, nuestro máximo órgano de cierre ha precisado que la dependencia económica que es exigida a los padres para acreditar la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, no requiere que los mismos se encuentre en estado de mendicidad, por lo que pueden contar con recursos propios u otras fuentes, que sin embargo no les permiten una autosuficiencia (CSJ SL9640–2014, CSJ SL8928–2014, CSJ SL, 24 jul. 2007, rad. 30790, CSJ SL, 11 may. 2004, rad. 22132, CSJ SL, 7 mar. 2005, rad. 24141, CSJ SL, 1 feb. 2006, rad. 26406, CSJ SL, 24 may. 2007, rad. 30348, y CSJ SL, 30 jul. 2007, rad. 31025).

Así, en la reciente sentencia SL-4300 de 2021, se aclaró que la dependencia económica de los padres *"no tiene que predicarse de manera total y absoluta respecto de su hijo fallecido; empero, no se puede entender que esto habilitó que cualquier ayuda por parte de un hijo se convierte en dependencia económica CSJ SL14539-2016, CSJ SL4103-2016 y CSJ SL16184-2015 y, con ello, deben aplicarse criterios que permiten distinguir entre la simple ayuda o colaboración propia de la solidaridad familiar, de la dependencia real dirigida a que los ingresos que el hijo procuraba a sus progenitores eran de tal entidad que sin ellos tendrían un cambio sustancial en las condiciones de su subsistencia"*, pues, lo que se busca es procurar que la prestación le sea reconocida al real beneficiario del causante, que es a quien la pérdida de su hijo le haya generado un menoscabo a su subsistencia, tras encontrarse subordinado al ingreso que el hijo percibía para salvaguardar sus condiciones económicas, el cual es de carácter imprescindible, debido a la imposibilidad de los padres para subsistir sin él.

Conforme con lo expuesto, los criterios que deben ser tenidos en cuenta para calificar la dependencia económica, conforme al criterio fijado en la sentencia SL-4923 de 2014, son los siguientes: ***i)*** que sea cierta y no presunta, esto es, que el suministro de recursos de la persona fallecida al beneficiario no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos; ***ii)*** que sea regular o periódica, lo que implica que no se pueden validar conceptos como regalos, atenciones, u otro tipo de auxilio eventual, ***iii)*** y significativa, respecto al total de ingresos de los beneficiarios, es decir, que constituya un verdadero soporte o sustento económico, y proporcionalmente representativa respecto de los demás ingresos que pueda percibir el beneficiario.

De acuerdo con lo anterior, en ningún yerro incurrió la *a quo* en la valoración de las pruebas, para tener acreditada la dependencia económica de los demandantes respecto de su hijo fallecido, por lo siguiente:

La testigo Luz Adriana Aristizabal Aristizabal, hermana de la actora, expresó que Johan Sebastián Andrade Gómez, hijo fallecido de los demandantes, ayudaba con los gastos de arriendo, servicios y comida en la casa de sus padres, y que al momento de su fallecimiento, su hermana era ama de casa por lo que no generaba ningún tipo de ingreso económico, así como que el señor Darío Andrade Beltrán no estaba laborando. Al indagársele sobre la labor que desempeñaba el padre del fallecido, explicó que este instalaba cortinas y hacía divisiones en baños, pero que no volvió a desempeñar dicha labor desde el año 2013, debido a que en junio o en julio de esa anualidad sufrió un accidente, por lo que a partir de ese momento colaboraba muy poco con los gastos del hogar. Sumado a ello, indicó, que ella, junto con sus hermanos, brindaban un apoyo económico a los padres del causante, con posterioridad a su muerte.

El testigo Luís Ernesto Vargas Pineda, quien manifestó conocer a los demandantes debido a que vivieron cerca de la casa de sus padres, manifestó que la actora, al momento de la muerte del causante no estaba laborando, y que el actor, había sufrido un accidente en el año 2013, por lo que desde ese momento laboraba esporádicamente. Igualmente, refirió que el fallecido, Johan Sebastián Andrade Gómez, aportaba una buena suma de dinero para cubrir los gastos mensuales del hogar, y que la familia de la actora la ayudaba con el pago de sus aportes en salud, después de la muerte del causante, así que él en ciertas ocasiones les colaboró económicamente a los aquí demandantes.

También, ambos testigos manifestaron unísonamente que los padres del afiliado fallecido no percibían ningún tipo de ayuda económica por parte de una entidad privada, pública o religiosa.

De las anteriores probanzas, se colige que no es cierto lo manifestado por la recurrente, esto es, que dentro del presente proceso se acreditó que para el momento del fallecimiento del causante, el señor Darío Andrade Beltrán trabaja como independiente, y que percibía unos ingresos que oscilaban entre $800.000 y $1.000.000, pues lo que verdaderamente indicaron los testigos fue que después del accidente que sufrió el actor en el 2013, este trabajaba de forma esporádica, y colaboraba muy poco con los gastos del hogar.

Sobre lo afirmado por la recurrente, de que los actores reciben una ayuda económica de los hermanos de la madre del afiliado fallecido, aproximadamente por $1.000.000, debe decirse que conforme a lo dicho por los testigos, esta colaboración económica inició después de la muerte del causante, motivo por el cual no puede afirmarse que los demandantes no dependían económicamente de su hijo al momento de su fallecimiento, pues se itera que los testigos afirmaron que era él, quien asumía los gastos del hogar.

En cuanto a lo manifestado por la recurrente, de que los demandantes, en el formulario de solicitud de pensión indicaron que realizaban los aportes en salud en la E.P.S. Sura, resulta necesario precisar que si bien ambos admitieron esto en su interrogatorio de parte, los testigos aclararon que dichos aportes son efectuados gracias a la ayuda económica que le brindan los hermanos de la aquí demandante, y que al momento del fallecimiento del afiliado causante, los actores se encontraban afiliados al SISBEN y no a E.P.S. SURA.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que este formulario fue diligenciado el día 28 de marzo de 2018 (f.° 55), esto es, 4 meses y 23

días después, de la muerte del afiliado fallecido (5 de noviembre de 2017), por lo que este documento de ninguna manera puede acreditar la no dependencia económica de los actores respecto de su hijo al momento de su fallecimiento al haber sido suscrito con posterioridad a este suceso.

Así las cosas, bajo las reglas de la experiencia y la sana crítica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, considera esta sala que con el material probatorio analizado de manera conjunta y global, tal y como lo concluyó la *a quo*, se acreditó la dependencia económica de los demandantes, de manera cierta, periódica y significativa, respecto de su fallecido hijo Johan Sebastián Andrade Gómez, pues es clara la imposibilidad de autosuficiencia en la generación de fuentes de ingresos de su parte, y la sujeción material a los ingresos del causante al momento de su fallecimiento, por lo que son claramente beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Así, habrá **confirmarse** la sentencia apelada en este aspecto.

1.2. De los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En sentencia SL-14528 de 2014, nuestro máximo órgano de cierre precisó que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del fondo pensional, o de las circunstancias que hayan rodeado la solicitud del derecho pensional en sede administrativa, como quiera que lo que se busca con dicho rédito es el resarcimiento económico para aminorar los efectos adversos causadas por la mora

del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, debido a su carácter resarcitorio y no sancionatorio.

Igualmente, ha indicado que en situaciones excepcionales los mismo no son procedentes, como en el evento en que la entidad de seguridad social tenga serias dudas respecto de quien es titular de un derecho pensional, dada la controversia entre benefciarios, y por ello supende el trámite hasta que la jurisdicción ordinaria sea quien dirima el conflicto.

En sentencia SL-3130 de 2020, reiterada en sentencia SL4300 de 2021, reseñó sobre los intereses moratorios las siguientes características: *"i) su naturaleza es resarcitoria y no sancionatoria, en consecuencia, la actuación de buena o mala fe no es relevante para su interposición; ii) buscan reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, y iii) existen salvedades que exoneran de su imposición, siempre y cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales."*

Teniendo en cuenta las directrices doctrinales ya indicadas, se desprende que en el caso de marras, Porvenir S.A., no demostró la existencia de una razón atendible que la liberara del pago de los intereses moratorios, ante al pago tardío de las mesadas pensionales a los aquí demandantes, y por el contrario, eludió la condición de beneficiarios de los padres del causante, con una prueba que ella misma aportó, esto es, el formulario de solicitud por sobreviviencia para padres, obrante de f.° 55 a f.° 57, con el argumento de que en dicho documento los actores manifestaron que realizaban aportes al sistema de salud en E.P.S. Sura, situación que se ítera ya fue aclarada con los testimonios practicados. En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada sobre este tópico.

1.3. De la condena en costas a Porvenir S.A.

Respecto de la solicitud de la recurrente de que sea absuelta de la condena en costas, es menester aclarar que el numeral 5.° del artículo 366 del Código General del Proceso, dispone que «*la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*», por lo que esta sala se encuentra inhabilitada para pronunciarse al respecto, por no ser este el momento procesal oportuno para tal efecto.

Bastan entonces las razones expuestas, para **confirmar** la sentencia apelada en su totalidad. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ELIZABETH JIMÉNEZ CASTRO** en contra de **ANDRÉS BURITICÁ PALACIO**.

EXP. 11001 31 05 **007 2017 00147** 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 2020 por el Juzgado 7.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare contrato de trabajo entre las partes procesales, vigente entre el 6 de abril de 2015 y el 4 de noviembre de 2016. En consecuencia, pidió que se condene al demandado a pagar el auxilio de cesantía, las vacaciones causadas y no disfrutadas, y la sanción por no afiliación a seguridad social a que se dio lugar durante ese mismo periodo; a pagar los salarios correspondientes a los servicios prestados entre el 2 y el 4 de noviembre de 2016, la moratoria por no consignación de cesantías del periodo del 6 de abril al 30 de diciembre de 2015, la prima de servicios causada entre julio de 2016 (sic) y noviembre de 2016, la indemnización moratoria por no pago de liquidación del contrato a partir del 5 de noviembre de 2016, la indemnización por despido sin justa causa y las costas procesales (archivo 5, págs. 2-3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se celebró contrato de trabajo el 6 de abril de 2015 de forma verbal y por tiempo indefinido, por los servicios de "*oficio doméstico en la Calle 213 N° 114-10 Manzana 11 Casa 100 Camino de Arrayanes*", a desarrollar entre las 8 am y las 3 pm, por el monto de $45.000 diarios. Afirmó, que el demandado no la afilió a salud, riesgos laborales, caja de compensación o pensión, ni ofreció el disfrute de vacaciones o su compensación a lo largo de todo el contrato. También, que no consignó cesantías entre el 6 de abril y el 30 de diciembre de 2015. Finalmente sostuvo, que el contrato tuvo terminación unilateral sin justa causa por parte del demandado el 4 de noviembre de 2016, sin que pagara los salarios correspondientes a los días 2 y 4 de noviembre de 2016 (*ídem*, págs. 3-4).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 27 de marzo de 2017, ordenándose su traslado al demandado, solicitando la debida contestación de la demanda, y reconociendo personería a la apoderada de la demandante (*ídem*, pág. 15). Se intentó notificación personal del demandado, pero este no se presentó tras su citación; por lo cual el Juzgado ordenó realizar notificación por aviso el 14 de junio de 2017 (*ídem*, pág. 24). Tal aviso, fue debidamente enviado el 2 de agosto de 2017, y el 22 de agosto de 2017 el Juzgado fue enterado del envío del aviso (*ídem*, págs. 27-36).

A pesar de esto, el Juzgado ordenó el archivo provisional de las actuaciones el 15 de junio de 2018, por falta de gestión de la parte actora para la notificación, siguiendo el parágrafo del artículo 30 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (*ídem*, pág. 39). Luego, el 12 de febrero de 2019, la parte actora envió certificación de no residencia en la dirección indicada en la demanda, y manifestó desconocer la nueva dirección de residencia del demandado (*ídem*, págs. 40 y ss.). Por esto, el 31 de octubre de 2019, fue ordenado el emplazamiento del demandado, y fue designado curador *ad litem* (*ídem*, pág. 46).

El 20 de noviembre de 2019, el curador del demandado contestó la demanda, afirmó que no le constaban sus hechos, sin oponerse ni allanarse a las pretensiones; señaló, que se atendría a lo probado en el proceso. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, y la genérica (*ídem*, págs. 48-53).

El 24 de enero de 2020, el juez emitió auto mediante el cual tuvo por contestada la demanda, y citó a audiencia del artículo 77

para el 31 de marzo de 2020 (*ídem*, pág. 55). Más, el 11 de agosto de 2020, con el levantamiento de términos durante la pandemia, la dicha audiencia fue reprogramada para el 19 de agosto de 2020 (archivo 7), y luego, por falta de conocimiento por el despacho del *a quo* de los correos electrónicos de las partes, fue de nuevo reprogramada para el 14 de octubre de 2020 (archivos 8-10).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de esta última fecha, negó las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas, pero sí en agencias en derecho a la demandante por el concepto de la curaduría (archivo 10). Para esto, el juez *a quo* consideró que no era posible obtener convencimiento respecto de las condiciones de la relación laboral a partir de la única prueba practicada en el proceso, a saber, el interrogatorio de parte, tras el desistimiento de la parte actora de los testimonios pedidos y decretados. Para conceder la primera pretensión, de declarar el contrato realidad, habrían debido probarse las condiciones del artículo 24 (sic) del Código Sustantivo del Trabajo; y, a falta de hechos probados, no se está en condiciones de prosperidad de las pretensiones.

Por otra parte, dado que el curador *ad litem* propuso la excepción de prescripción, el Juez la declaró. Para argumentarla, afirmó que no se había incurrido en la causal de interrupción de la prescripción señalada en el artículo 94 del Código General del Proceso, aplicable a este proceso por la analogía ordenada en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por cuanto la notificación del demandado se realizó apenas el 15 de noviembre de 2019, al curador *ad litem*. Por esto, se dio la

notificación del auto admisorio al demandado más de 1 año después de su notificación al demandante, por lo cual se debería considerar interrumpida la prescripción solo a partir del 15 de noviembre de 2019. En suma, incluso si hubieran sido declarados los derechos sustanciales pretendidos, la totalidad de los créditos cuya declaración se pidió ya prescribieron, por el cumplimiento del término prescriptivo ordenado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Interpuso recurso de apelación la apoderada de la parte demandante, solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado, y la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En su sustentación adujo que debía declararse la existencia del contrato de trabajo, y condenarse al pago de sus prestaciones sociales connaturales, por cuanto, en el interrogatorio de parte absuelto por su prohijada, esta afirmó que sí existió una relación laboral entre las partes, con las características y afectaciones relacionadas en la demanda. También, en este interrogatorio, se habría probado que no "se le cancelaron las vacaciones, ni las primas".

Dijo que no procedía la declaración de prescripción, por cuanto la notificación por aviso y la demanda se dieron en debida forma. Para establecer su punto, argumentó que se vulneró el debido proceso, ya que se habría debido realizar la actuación procesal en contumacia, sin la asistencia del demandado, dando por no contestada la demanda, y generándose los efectos de presumir como ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 712 de 2001; dado que habría sido correcta y oportunamente notificado por

aviso, sin desconocimiento del domicilio del demandado, conforme con los artículos 30 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, y 291 y 292 del Código General del Proceso. Por esto, también habría sido improcedente el establecimiento de la curaduría (archivo 9, mins. 44-49).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, se impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. Por esto, la Sala tendrá como sendos problemas jurídicos el verificar: 1) la existencia o no, del contrato de trabajo alegado por la demandante y la procedencia de la condena al demandado respecto de las prestaciones sociales no pagadas, en virtud del valor probatorio a asignar al interrogatorio de parte absuelto por ella misma; 2) establecer si es viable o no, la declaratoria de la prescripción señalada por el juez en el presente proceso; y finalmente, 3) esclarecer si era procedente o no, la actuación procesal con el establecimiento de curaduría *ad litem* observada en este proceso.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo alegado entre las partes, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, que son: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y

el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, de que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo; de modo que le corresponde simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción mencionada, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

En el presente caso, se tiene que la única prueba practicada en el expediente, es el interrogatorio de parte absuelto por la demandante. En particular, el interrogatorio de parte se halla normado en el Código General del Proceso, y, por referencia analógica, se aplica al proceso laboral, de acuerdo con el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

En efecto, se reconoce que el interrogatorio de parte es una de las formas probatorias permitidas, por cuanto en Colombia rige la libertad probatoria, y no hay tarifa o tasa legal de prueba respecto de ningún hecho a probar en un proceso (Código General del Proceso, artículo 165), si bien claramente prevalece la necesidad de la prueba (*ídem,* artículo 164), morigerada por los efectos de la carga de la prueba (*ídem,* artículo 167), y por regulaciones particulares de la prueba conducente, y las presunciones legales vigentes en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el régimen probatorio colombiano, así como libera a la parte en las formas de probar los hechos que alega,

también libera al juez en el aspecto de que, en ejercicio del poder jurisdiccional, en goce de la inmediación respecto del proceso, las pruebas y las partes, y como director del proceso, es quien define los hechos en función del grado de convencimiento que adquiera mediante las pruebas practicadas en el transcurso del proceso.

Asimismo, el juez adquiere el deber de argumentar en qué medida los hechos probados se hallan debidamente sustentados por la argumentación fáctica surgida de la actuación procesal. Por esto, el juez es, especialmente, el definidor de los hechos, incluso más que del derecho, por cuanto es su convencimiento subjetivo, solo objetivizado por la argumentación que construya, el que definirá las condiciones de hecho que determinarán las consecuencias de derecho que procedan de la situación en que las partes consideran que media una litis. Más aún, por cuanto son las reglas de la sana crítica las que debe aplicar en la valoración de las pruebas.

Ahora, el juez de primer grado ha definido que la única prueba practicada no le generó convencimiento, y contra esta decisión ha apelado la parte demandante. Esto, no es debidamente argumentado por el juez en su sentencia oralmente proferida; pero esta Sala, concuerda con el resultado mental operado por el juez, por cuanto el interrogatorio de parte de la demandante fue la única prueba que operó en este caso a favor o en contra de las pretensiones de la demanda.

Estamos así, ante una circunstancia sospechosa en que la demandante estuvo en el papel de expresar casi indisputadamente la que habría venido siendo la prueba de sus propias alegaciones, más, en lo atinente a que el curador *ad litem* no contó con

conocimiento diferente de los hechos del caso que el aportado mediante la demanda, como se puede observar en su contestación, en la cual señala que ningún hecho le constaba, y que no se allanaba, ni se oponía a ninguna de las pretensiones.

Más aún, la demandante a través de su apoderada, decidió prescindir de cualquier otra prueba que contribuyera en mejor grado, con mayor objetividad y menor interés en las resultas del proceso, a esclarecer los hechos, como los testimonios desistidos. Tampoco, ofreció para el examen judicial el documento que afirmó provenía del demandado, y que leía en el interrogatorio de parte, en el cual podrían haber estado bien descritos hechos como la existencia del contrato, el entendimiento de que el contrato a liquidar tenía características del laboral, el reconocimiento de deudas por pagar.

Ante tal orfandad probatoria, la Sala, al igual que el *a quo*, se encuentra en idéntica posición que este, respecto del otorgamiento del valor probatorio del interrogatorio de parte; el cual, en la medida en que sólo extiende la información de la demanda, con el mismo valor de las alegaciones hechas en ella, por tanto, necesitadas de una prueba objetiva, contrastable, que establezca y esclarezca los hechos que sostendrían sus pretensiones, toda vez que no puede llevar al convencimiento necesario para establecer una relación jurídica tan compleja y amplia como la laboral, el pago de salarios y la realidad de la prestación personal del servicio, que conllevarían a que aplicara, ante la falta de prueba contra el elemento *subordinación*, a que se aplicara la presunción legal de la existencia de contrato de trabajo bajo las condiciones del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Asimismo, no es posible declarar la existencia de obligaciones laborales entre las partes, ni la existencia de deudas exigibles relativas a tales obligaciones.

Ahora bien, este proceso goza de varias situaciones irregulares. La primera de ellas notada, es la de que, en efecto, se configuró la notificación por aviso solicitada, sin que el Juzgado declarara notificada la parte demandada. Así, fue entregado en el domicilio del demandado el auto admisorio, la demanda y sus anexos el 2 de agosto de 2017, según consta en el expediente (archivo 1, págs. 27-36). Se había establecido que el demandado aún vivía allí, la empresa de servicio postal estaba autorizada para hacer la entrega, y la copia del aviso aportada al expediente se dio debidamente cotejada.

La segunda, es que el Juzgado emitió auto de archivo el 15 de junio de 2018, sobre el supuesto de que la actora no había realizado gestión para la notificación; lo cual claramente no era cierto, pues el Juzgado había sido informado de la entrega del aviso, por lo cual la notificación debió haberse considerado realizada el 3 de agosto de 2017. Hecho esto, se habrían debido aplicar las consecuencias de la contumacia y de la falta de contestación de la demanda, explicadas en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, y argüidas por la apelante.

Así como también, se ve una tercera actuación irregular, que es la total inactividad de la parte actora respecto del archivo del expediente, ya que no hay en el expediente, actuación procesal, memorial o mención alguna del hecho de que se haya pasado por alto la concreción de la notificación por aviso. De hecho, la parte actora aguarda hasta el 12 de febrero de 2019, para oponer el

desconocimiento del nuevo domicilio del demandado. Actuación ante la cual el Juzgado resuelve aplicar el procedimiento correspondiente, no a la contumacia, sino la del demandado imposible de ubicar, que se desarrolla en el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Finalmente, la notificación de la demanda y el auto admisorio al curador designado sólo sucede el 15 de noviembre de 2019, y el emplazamiento se concreta, finalmente, de acuerdo con el artículo 108 del Código General del Proceso, el 17 de septiembre de 2020, 15 días hábiles después de la inscripción del emplazamiento en el Registro Nacional de Personas Emplazadas, realizada el 26 de agosto de esa anualidad.

Como cuarta y terminante irregularidad, el 14 de octubre de 2020, el Juzgado realiza y declara superada la etapa de Saneamiento, de acuerdo con el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, y, por su lado, la parte actora nuevamente no se pronuncia.

Sin embargo, como se puede ver, el momento de la irregularidad fundamental es el 15 de junio de 2018, y no se realizó actuación procesal oportuna alguna para corregirlo. Así, no queda más remedio que observar la indebida notificación realizada por el juzgado como causal saneada de nulidad, de acuerdo con los artículos 135 y 136 del Código General del Proceso; pues, en primera medida, la indebida notificación sólo podría haberse considerado propuesta por la parte afectada, en este caso, eminentemente la parte demandada. En efecto, la notificación es un acto de comunicación en el proceso, cuya intención es dar a conocer el contenido de una providencia judicial a quien lo ignora.

Por lo cual, quien la conoce no debe ser notificado, sino cumplir con las cargas y obligaciones procesales que le corresponden de manera oportuna; lo cual, claramente, la parte actora omitió, sin reportar por ello un detrimento a su posición por efecto del transcurrir del proceso, sino por efecto de su propio actuar inexplicable y tardo.

Por otra parte, la nulidad se habría visto saneada, en todo caso, por continuar actuando sin proponerla, hasta el momento mismo de los alegatos de conclusión. La actora no se pronunció, no opuso recurso alguno. Y finalmente, 3 años después, tras ver las consecuencias lesivas de su propia actuación procesal para su demanda, propone la realización de una corrección extemporánea de una causal de nulidad que se habría dado, sólo para la obtención del efecto de considerar interrumpida la prescripción con la presentación de la demanda y no con la notificación del curador *ad litem*.

Además, en su oportunidad procesal, el curador *ad litem* formuló la excepción de prescripción sobre la base de que, de conformidad con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los derechos laborales prescriben al cumplirse tres años desde el momento en que la respectiva obligación se hizo exigible; para el caso, a partir del 4 de noviembre de 2016, sin que se haya interrumpido la prescripción, pues la notificación a la parte demandada, por lo ya dicho, solo se puede considerar realizada el 15 de noviembre de 2019.

En efecto, los artículos mencionados establecen la interrupción del término de prescripción con el simple reclamo

escrito del trabajador. Mas no se halla en el plenario tal reclamo. No obstante, el artículo 94 del Código General del Proceso norma, entre otras disposiciones, que:

> *"La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante (...)".*

En el presente asunto, se observa que la parte actora tardó poco más de 4 meses en notificar la demanda, pues esta fue admitida en auto notificado al demandante el 18 de abril de 2017 (archivo 1, pág. 17), y al demandado, por aviso, el 3 de agosto de 2017. Pero se debe atención a que tal notificación no se consideró realizada, y que el litigio se estableció y saneó conforme con la notificación al demandado representado por curador *ad litem*, según fue explicado *supra*, el 15 de noviembre de 2020 (*ídem*, pág. 47).

Por los efectos procesales de la continua inactividad de la parte actora, y de la concreción del error judicial, el juzgado ordenó el archivo temporal del expediente sin que nada ocurriera, hasta que la misma parte, queriendo dar a entender que podría superar el impase de la notificación a través de este medio, procedió a anunciar su desconocimiento del domicilio del demandado; con lo cual claramente buscaba obtener el establecimiento de curador *ad litem* para darle continuidad al proceso en ausencia de notificación al demandado, conforme a la norma procesal laboral.

Es claro, entonces, que la parte actora fue negligente al permitir sin objeción el archivo temporal del proceso, y dejar correr los términos. Ahora, entre la fecha de notificación del auto

admisorio al demandante –el 18 de abril de 2017-, y la fecha de notificación a la parte demandada –el 15 de noviembre de 2019-, caben 2 años, 4 meses y 28 días, lo cual lleva a que no se interrumpa la prescripción con la presentación de la demanda, sino con la notificación al demandado. Por lo cual, la prescripción se mantendrá siempre que el tiempo entre el momento de exigibilidad de las prestaciones demandadas -4 de noviembre de 2016- y el de interrupción de la prescripción -15 de noviembre de 2019- sea mayor a 3 años; lo cual es el caso por 11 días.

Finalmente, dado que la actuación procesal en primera instancia se encontró totalmente saneada de vicios procesales, al menos hasta la satisfacción de la etapa de saneamiento en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según lo antes argumentado; y, en virtud de que la demandante declaró desconocer el domicilio del demandado, y que fue correcta y efectivamente convocada la asistencia jurídica de curador *ad litem* ante la imposibilidad de notificar al demandado del auto admisorio y la demanda, encuentra esta Sala que se cumplió con los requisitos señalados en los artículos 29 y 30 *ibidem*, los cuales ordenan el establecimiento de curaduría cuando se incurre en la causal de que es imposible notificar al demandado por desconocimiento de su domicilio.

Así, se concluye que ninguno de los puntos de apelación tuvo prosperó contra la sentencia de primer grado, de lo se concluye que la decisión del *a quo* en el sentido de declarar probada la excepción de mérito de prescripción, junto con la integridad del resto de su sentencia, será **confirmada**.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de octubre de 2020 por el Juzgado 7.° Laboral del Circuito de esta ciudad, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA EDITH TARAZONA CARRASCAL** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **016 2019 00697** 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 28 de junio de 2021, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

El 19 de agosto de 2021, fue allegado memorial en el cual la apoderada de Colpensiones se sustituyó, por lo cual se reconoce personería a ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**. (ff.°115-130).

Dicho esto, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuados al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. Davivir S.A., hoy por Protección S.A., el 2 de enero de 1996, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa. En consecuencia, que se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes, rentabilidad obtenida, sumas adicionales junto con los frutos e intereses; y a Colpensiones a recibir los aportes y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida (f.° 47).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 31 de mayo de 1963, realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S. desde el comienzo de su vida laboral hasta el 2 de enero de 1996. Entonces se trasladó al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. Davivir S.A., hoy por Protección S.A. Y afirmó, que en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por Colpensiones el 18 de septiembre de esa anualidad (f.° 47).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 13 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y a la de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.° 55).

COLPENSIONES S.A., contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones, las de Prescripción y caducidad, Inexistencia del derecho y de la obligación, Cobro de lo no debido, Buena fe, y otras excepciones cuyas condiciones de hecho se prueben en el proceso (ff.° 65-70).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: 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 (f.° 70-72).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio tras dar acuse de recibo el 27 de enero de 2021, de los documentos a ella debidos según el artículo 612 del Código General del Proceso (f.° 77).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 28 de junio de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. En consecuencia, ordenó a la A.F.P. Protección trasladar a Colpensiones las sumas "correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia"; y a Colpensiones a recibir los dineros y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. Y declaró no demostradas las excepciones propuestas, y condenó en costas a las demandadas (f.° 103).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., solicitó revocatoria parcial de la sentencia de primer grado, respecto de la orden de traslado indexado de los valores de la cuenta de ahorro individual y de los descuentos realizados para gastos de la cuota de administración y demás. Afirmó, para sustentarlo, que el presente Tribunal los reconocía como descuentos de ley; que estos descuentos surtieron su finalidad, la cual era generar rentabilidades y asegurar el funcionamiento de los regímenes de pensión mínima, invalidez y sobrevivientes, por lo cual ordenar su devolución implicaría retirar tales protecciones y ganancias para considerar sus frutos naturales. Finalmente, solicitó se tome en cuenta la prescripción de esas sumas, por cuanto no hacen parte del capital de la cuenta individual con la que se financia la pensión tampoco en el R.P.M.P.D.

COLPENSIONES S.A., solicitó revocatoria parcial de la sentencia, respecto de la condena en costas, por cuanto la causa de

este litigio surge del negocio jurídico privado que perfeccionaron la A.F.P. y la demandante, y no tenía competencia o facultades Colpensiones para dejarlo sin efectos. Por esto, no concerniría a Colpensiones el padecimiento de las costas de este proceso. Más aún, no se podría ver afectada Colpensiones por un acto que carece de eficacia, también por el número de procesos que atiende como única administradora del R.P.M.P.D.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 31 de mayo de 1963 (f.° 46); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde julio de 1995 hasta el 2 de enero de 1996, 8,29 semanas (ff.° 4-6); ***iii)*** que el 2 de enero de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Davivir S.A., hoy por la A.F.P. Protección S.A., con un total de 1186,86 semanas cotizadas para 24 de julio de 2020, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 72 (CD. Archivo María Edith, pág. 22-33).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra

el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante el 2 de enero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Davivir S.A., hoy Protección S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visibles a folio 3, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

[1] CSJ STL8125-2020.

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

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

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de

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

administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas de seguro previsional y de la garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, y cuantas otras sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión

es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 2 de enero de 1996, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR S.A., hoy por PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, por lo que PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros que posea la demandante en su cuenta, gastos en seguros y garantías y gastos de administración. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Finalmente, respecto de las costas, su imposición a las partes vencidas es una consecuencia implícita del hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el artículo 365 del Código General del Proceso. Por esto, no se podría acceder a declararlas no causadas. Más aún, no procede la apelación de la condena en costas, pues, según el artículo 366 del mismo Código, norma en la cual se regula esta institución jurídica, la eventual apelación contra la condena en costas sólo se puede efectuar contra su específica liquidación, la cual se realiza por el juez *a quo* tras ejercer su poder concentrado de liquidación de costas tras la ejecutoria de una

[3] CSJ SL1688-2019.

decisión en la materia de un litigio; circunstancia y momento procesal, el cual no se ha concretado aún, por lo cual esta solicitud será igualmente denegada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 28 de junio de 2021, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración, seguros y garantías, e intereses causados, acorde con lo considerado.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GUILLERMO ESCOBEDO RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A**.

EXP. 11001 31 05 **021 2019 00707** 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 28 de julio de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., el 28 de marzo de 1996, y a COLFONDOS S.A. el 15 de marzo de 2013, por existir falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirlo, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rendimientos y bonos pensionales (ff.° 3-4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de julio de 1954; realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S., hoy Colpensiones, hasta el 30 de abril de 1996. El 28 de marzo de 1996, se afilió a la A.F.P. Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., con traslado efectivo desde el 1.° de mayo de 1996 hasta el 30 de abril de 2013; momento en el que los trasladó a Colfondos, tras afiliarse el 15 de marzo de 2013, con traslado efectivo desde el 1.° de mayo de 2013. En ambos traslados, el demandante señaló no haber sido informado veraz y suficientemente de los efectos del traslado respecto de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad a fondo, los requisitos para optar por la pensión, o cómo se liquida.

Afirmó, que en agosto de 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por las 3 entidades del sistema general de pensiones (ff.° 51-96).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tras ser repartida al Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de octubre de 2019 (f.° 98), la demanda fue inadmitida el 10 de febrero de 2020, por el incumplimiento de requisitos de los artículos 25 y 26 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (f.° 100). Fue subsanada el 9 de marzo de 2020 (ff.° 103-111), y se admitió el 10 de julio de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.° 112).

Si bien la demanda y su auto admisorio fueron indebidamente notificadas por el demandante, por falta de las confirmaciones de entrega o acuses de recibo exigidos por el artículo 8.° del Decreto 806 de 2020, para consolidar la notificación personal electrónica, las entidades aportaron memoriales de contestación de la manera en que en adelante se refiere, resultando su notificación realizada por conducta concluyente (f.° 129).

COLFONDOS S.A., contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y a los hechos que lo acusaban de incumplimiento de sus obligaciones de información. En su defensa, invocó la inexistencia de la obligación, a falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la innominada o genérica, la ausencia de vicios del consentimiento, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación y pago, y la inexistencia de perjuicios (ff.° 115-117).

COLPENSIONES S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media

con prestación definida, Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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 de la obligación, y la Innominada o genérica (ff.° 118-120).

PORVENIR S.A., contestó a demanda el 16 de enero de 2021, oponiéndose a las pretensiones y a los hechos que lo acusaban de incumplimiento de sus obligaciones de información. Formuló como excepciones las Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación, y la Genérica (f.° 124-126, 132-149).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio tras su notificación, y acusar recibo de los documentos que se le debían enviar el 12 de noviembre de 2020 (f.° 121). Finalmente, el demandante anunciaba su tercer memorial de impulso procesal el 8 de junio de 2021 (ff.° 127-128).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de 28 de marzo de 1996, con efectos desde 1.° de mayo de 1996, a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.; en consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; condenó a COLFONDOS a trasladar "la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, bonos pensionales, cotizaciones-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por

seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual" del demandante en el término de 1 mes; condenó a Porvenir S.A., "a trasladar a Colpensiones la totalidad de los gastos de administración, comisiones y seguros provisionales con cargo a sus propios recursos y o descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado", en el término de 1 mes; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas sólo a Porvenir por la suma de $1.500.000; y envió para consulta la decisión por ser contraria a los intereses de Colpensiones (f.° 153-154).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia en lo que respecta al traslado de los gastos de administración, comisiones, y de la garantía de pensión mínima, por cuanto la Corte Suprema de Justicia no habría abordado dicho tema, y en segunda instancia, se debe considerar que los rendimientos a trasladar se causaron debido a una óptima administración. También, adujo que debe rechazarse el traslado de los gastos de administración por la prescripción del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, puesto que esos gastos tienen naturaleza privada y son susceptibles de prescripción; y por cuanto es absurdo demandar los rendimientos que se originaron en esos gastos; de modo que, se pide remover la causa económica de aquellos, toda vez que se efectúa la ineficacia de un acto jurídico y goza de las consecuencias del mismo. Así mismo, se opuso al traslado de los valores destinados a la garantía de pensión mínima, por cuanto son descuentos de ley (Decreto 4982 de 2007), y las A.F.P. actuaron conforme a ello.

COLPENSIONES S.A., por su parte, solicitó principalmente la revocatoria de la sentencia respecto de la ineficacia del traslado de 28 de marzo de 1996, y de la condena a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Ello, por cuanto el demandante habría realizado el traslado de manera libre, voluntaria, sin presiones, y conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al desear claramente permanecer en el R.A.I.S. al trasladarse posteriormente a Colfondos.

Afirmó, que la carga de la prueba resulta desproporcionada, por cuanto resulta imposible probar circunstancias ocurridas hace más de 20 años, sobre las cuales no era obligatorio dejar registro documental, y Colpensiones es la más afectada. El deber de información yace en el Decreto 663 de 1993, según la Corte Suprema, pero este deber sólo se habría materializado con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual sólo los fondos privados cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación. Además, es claro que el demandante sí conoce las características del R.A.I.S.

Manifestó, que tampoco se trataría de aplicar de forma directa e indiscriminada las decisiones del máximo tribunal de esta especialidad, pues debe establecerse si en la presunta falta de información se produce un efecto cierto y adverso, como perder el régimen de transición, o no poder trasladarse de nuevo, los cuales no son del caso aquí debatido, pues de lo que se trata es de una inconformidad con la mesada a obtener cuando ya se ha agotado el periodo de traslados.

Subsidiariamente a la solicitud principal, solicita el condicionamiento del cumplimiento de la sentencia a la devolución

de la totalidad de las sumas cuyo traslado fue ordenado, dada la necesidad de esta para el cumplimiento de las órdenes dadas a Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 30 de julio de 1954 (f.° 2); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 8 de mayo de 1974 y el 30 de marzo de 1996, 453 semanas (f.° 82, 90); ***iii)*** que el 28 de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de mayo de 1996 (f.° 136-142), y que luego de una transferencia más entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Colfondos S.A., con un total de 1641,14 semanas cotizadas para 25 de agosto de 2020, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 83 a 90.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma

contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin

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

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

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

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

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

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

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

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

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 28 de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. (f.° 134), y después de otro traslado entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a folio 91, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

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

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

---

[1] CSJ STL8125-2020.

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

la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

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

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión

es imprescriptible, *"(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 28 de marzo de 1996, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, así como la sucesiva afiliación a COLFONDOS S.A., por lo que esta administradora, a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea el demandante en su cuenta, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

[3] CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de julio de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIRO ALBERTO ESTUPIÑÁN ABRIL** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **027 2019 00733** 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 16 de julio de 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del R.P.M.P.D. administrado por el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S. al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A. el 5 de agosto de 1999, por existir error de hecho que vició el consentimiento; y que se le reconociera derecho a pensión. En consecuencia, pidió que PORVENIR S.A. reconociera que él no había realizado vinculación válida por "indebida información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento"; que COLPENSIONES, registrara y activara su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiere trasladado, y a que recibiera los dineros y actualizara su historia laboral con las cotizaciones a trasladar; que PORVENIR S.A., devolviera todo dinero en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc; la concesión de los demás derechos probados en el proceso según las facultades ultra y extra petita del juez, y al pago de costas y agencias en derecho por las demandadas (f.° 4-5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 23 de marzo de 1957; realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S., hoy Colpensiones, desde el 8 de febrero de 1988 hasta el 5 de agosto de 1999, por un total de 483,14 semanas. Simultáneamente, cotizó en Fiduprevisora S.A. un total de 401,89 semanas. En la última fecha mencionada, trasladó tales aportes pensionales al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. Porvenir S.A. Manifestó, no haber sido informado de desventajas, de haber tenido una asesoría profesional completa y comprensible sobre los regímenes pensionales disponibles.

Afirmó, que en el año 2018, intentó trasladarse de régimen, pero las solicitudes fueron negadas por Porvenir S.A. y Colpensiones (f.° 5-7). Y que el 24 de mayo de 2019, radicó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 2 de diciembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y solicitándoles el expediente administrativo para poder considerar contestada la demanda; además, se dictaminó la debida notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.° 90).

COLPENSIONES S.A., contestó la demanda el 8 de julio de 2020, con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la Innominada o genérica (ff.° 98-130).

PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación, y la Genérica (f.° 142, Archivo 5).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio tras su acuse de recibo el 3 de marzo de 2020 (ff.° 95-96).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al R.A.I.S. administrado por Porvenir S.A.; condenó a Porvenir S.A. a devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante al R.P.M.P.D. administrado por Colpensiones; condenó a esta, a considerar como válidamente afiliado al demandante como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S., a pagarle pensión en cuantía de $9.948.757 a partir del 1.° de julio de 2019, con incrementos legales y mesada adicional anual, permitiéndole a la entidad descontar aportes a salud del retroactivo debido; declaró no probadas las excepciones y condenó a Porvenir S.A. en costas (f.° 145).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES S.A., apeló con el argumento de que no se toman en cuenta algunas reglas de las relaciones contractuales adquiridas por el demandante, las cuales afectan la estabilidad financiera del Gobierno y del Estado. Así, debería resarcirse a esa entidad por el daño ocasionado, sin actuación u omisión que lo ocasionara, por la sola falta de diligencia de la A.F.P. Más aún, Colpensiones no tendría forma de defenderse en estos casos, aunque la A.F.P. haga devolución de los saldos, por tener que pagar pensiones mucho mayores a lo entregado. Por otra parte, para la época del traslado no habría sido exigible a las A.F.P. una asesoría del nivel exigido por las sentencias de la Corte Suprema.

A su vez, **PORVENIR S.A.,** solicitó la revocatoria total del fallo de primer grado, y para ello, sostuvo que no se debe aplicar un precedente de manera objetiva, así como tampoco el aplicado. Así, en este caso no habría sido obligación de la compañía el brindar información a la demandante, teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998, de la Superintendencia Financiera de Colombia, donde se señalaba que bastaba con el señalamiento del consentimiento informado para que se considerara materializado conforme a la ley, más por cuanto la permanencia y los aportes voluntarios del afiliado ratificaría su traslado. Así mismo, dijo que esta entidad, sí habría provisto asesoría oportuna, de acuerdo con el formulario suscrito, y no se le podría exigir el aporte de documentos no obligatorios en su momento, como la simulación pensional.

Adujo además, que tampoco sería factible la devolución de los gastos de administración, por cuanto en R.P.M.P.D. también dedican el 3% de las cotizaciones a lo mismo y a pensión de invalidez y sobrevivientes. Que tales gastos, estarían sujetos a prescripción por hacer parte integral de la pensión, y la Superintendencia Financiera de Colombia señaló la imposibilidad de regresarlos porque la protección del seguro fue provista, en concepto de 17 de enero de 2020; y que devolverlos configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por cuanto no hay norma que lo sustente.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problemas jurídicos: **i)** el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. **ii)** Así como también, si hay lugar o no a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones; y, **iii)** si hay lugar o no, a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, además, desde una fecha anterior.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 23 de marzo de 1957 (f.° 38); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 8 de febrero de 1988 y el 31 de julio de 1999, 483,86 semanas (f.° CD 142, Archivo 8); ***iii)*** que el 5 de agosto de 1999, se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de octubre de 1999 (f.° CD 142, Archivo 5, págs. 25, 26), con un total de 1023 semanas cotizadas al 9 de julio de 2021, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en CD de f.° 142, archivo 16.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el 5 de agosto de 1999, el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.° CD 142, Archivo 5, pág. 26), conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y

veraz en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al*

[1] CSJ STL8125-2020.

afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

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

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

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

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de

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

la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

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

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

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

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura, ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[3], por lo que resulta acertada la decisión de la juzgadora de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 5 de agosto de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por

[3] CSJ SL1688-2019.

COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, por lo que esta deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y todo lo que posea el demandante en su cuenta individual, y gastos de administración, seguros y garantías. En consecuencia, en estos aspectos se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, no es posible pasar por alto la condena a reconocer la pensión de vejez del demandante, lo cual no pertenece respecto de la cuantificación al área de los cálculos del juez laboral, ni respecto del establecimiento de las condiciones fácticas de reconocimiento. Esto, por cuanto aún no se ha hecho la debida reclamación administrativa conforme al reconocimiento como afiliado del cual disfruta el demandante, ya que, si bien se le reconoce como afiliado desde 1988, no se le reconoce para los efectos de la solicitud de pensión, la cual no puede considerarse realizada hasta al menos el efecto de este reconocimiento. Para ello, deberá el demandante hacer envío de la respectiva solicitud a COLPENSIONES, conforme a los medios y trámites correspondientes para tal efecto, y esta entidad definirá el monto de su pensión de acuerdo al monto y registro de lo que le sea trasladado por la A.F.P. PORVENIR S.A., la cual a su vez tendrá que cuantificar su pago según la condena que hizo la juez *a quo*. Y sólo obtendrá el pago de su pensión con retroactivo a considerar a partir de la radicación de su solicitud, y en la medida en que, según lo prescriban los cauces legales, lo establezca la autoridad pertinente. Por todo esto, en este aspecto de la parte resolutiva, y en el relativo a la autorización de descuento para el pago de cuotas de E.P.S. consecuente al mismo, esta sentencia procederá a **REVOCAR** la decisión del juez de primer grado, sobre este punto de controversia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE, la sentencia proferida el 16 de julio de 2021, proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de absolver a COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, por cuantía de $9.948.757, a partir del 1.° de julio de 2019, junto con sus incrementos legales anuales y mesada adicional anual; y de autorizar el pago a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el demandante de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la suma del retroactivo de tal pensión, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada y consultada.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido **por MARÍA CECILIA GALINDO DE TORRES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **031 2020 000253** 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que su pensión de vejez debe liquidarse con la inclusión de todos los tiempos trabajados y aportados en Cajas de Previsión y el I.S.S.; que tiene tiempos públicos no cotizados a Colpensiones entre el 3 de marzo de 1958 y el 31 de diciembre de 1965, equivalentes a 408.71 semanas; que cotizó al I.S.S. entre el 1.° de enero de 1967 y el 15 de julio de 1978 un total de 602 semanas; que su pensión de vejez debe liquidarse sobre 1.010.71 semanas; que el I.B.L. para el 21 de enero de 1986, fecha en la que adquirió y causó el derecho, asciende a $38.196, y que Colpensiones incurrió en mora en el pago completo de su mesada pensional, como quiera que la misma fue solicitada el 19 de octubre de 2017.

En consecuencia, que se ordenara a Colpensiones a liquidarle la pensión de vejez sobre el 75% de su I.B.L., a partir del 21 de noviembre de 1986, en aplicación del Decreto 758 de 1990, por ser la norma mas favorable; condenarla a pagar las diferencias entre la mesada ya reconocida y la que resultare de la liquidación con la inclusión de todos los tiempos públicos y aportados al I.S.S., y al pago de los intereses moratorios.

Subsidiariamente solicitó, que se condenara a Colpensiones a liquidar la pensión de vejez, sobre el 65% de su I.B.L., a partir del 21 de noviembre de 1986, en aplicación de la Ley 100 de 1993, que resulta ser la norma mas favorable.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios a la Secretaría Distrital de Integración Social, aportando en la Caja de Previsión Social, entre el 3 de marzo de 1958 y el 31 de diciembre de 1956, un total de 408.71 semanas; que cotizó al I.S.S., entre el 1.° de enero de 1967 y el 15 de julio de 1978 un total de 602 semanas; que acumula 1.010.71 semanas válidas para su derecho a la pensión de vejez, y que mediante Resolución n.° 04537 de 18 de diciembre de 1987, el extinto I.S.S. le reconoció una pensión de vejez, que fue liquidada 602 semanas.

Sostuvo, que el 19 de octubre de 2017, solicitó a Colpensiones la reliquidación de su pensión, incluyendo los tiempos certificados en el CLEB n.° 371 de 2 de octubre de 2017; que en Resolución n.° 43346 de 20 de febrero de 2018, Colpensiones negó la reliquidación, con el argumento de que el Decreto 3041 de 1966, no permite la inclusión de los tiempos certificados con el CLEB; que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra dicha decisión; que en Resolución n.° 73284 de 16 de marzo de 2018, emanada de Colpensiones, y la Resolución n.° 8968 de 10 de mayo de la misma anualidad, confirmó la decisión con el argumento de que el Decreto 3041 de 1966, no permite acumular tiempos públicos, y que Colpensiones vulneró el principio de favorabilidad y el mandato de progresividad del Sistema de Seguridad Social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 9 de septiembre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Archivo n.° 5, pág. 1 - 2).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Manifestó, que no era dable la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida a la demandante, como quiera que la misma se rigió por lo dispuesto en el Decreto 3041 de 1966, según el cual deben tenerse en cuenta las cotizaciones realizadas con exclusividad al extinto I.S.S.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y buena fe (Archivo n.° 7, pág. 2 - 12).

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio (Archivo n.° 8).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 16 de febrero de 2021, absolvió a Colpensiones de la totalidad de pretensiones incoadas por la demandante.

Esgrimió, que no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, debido a que la actora ya tenía un derecho consolidado, como quiera que se pensionó en el año 1986, esto es, en vigencia del Decreto 3041 de 1966, por lo que no podía pretenderse la aplicación de la Ley 100 de 1993, para modificar los requisitos pensionales o presupuestos pensionales, ni la aplicación del nuevo criterio de interpretación respecto del Acuerdo n.° 049 de 1990, teniendo en cuenta que nuestro máximo órgano de cierre ha restringido su aplicación a quienes no tienen un derecho consolidado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Esgrimió, que no se le estaba dando una interpretación sistemática al presente caso, al hablarse de un derecho consolidado, y que la pensión por tratarse de un derecho imprescriptible, cierto e indiscutible siempre estará sujeto a revisión, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, por lo que se estaban violentando dichos preceptos constitucionales, así como todos los instrumentos internacionales de seguridad social que ha suscrito el Estado Colombiano.

Dijo, que la sentencia SL-1947 de 2020, permitió la acumulación de tiempos públicos con las cotizaciones al I.S.S., a efectos de consolidar pensiones del Decreto 758 de 1990, debido a que la regla de decisión es la importancia del trabajo humano.

Indicó, que si bien la actora consolidó su derecho en enero de 1986, bajo las normas que para ese momento le eran aplicables, lo cierto era que el legislador tanto en 1990 como en 1993, tuvo la voluntad de modificar las condiciones con las que los colombianos accederían a las prestaciones de invalidez, vejez, y muerte, por lo que no se le podría dar un trato diferencial a la demandante, pues se estaría vulnerando el principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, y que ella tenía derecho, a lo igual que los colombianos que cumplían con los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, y la Ley 100 de 1993, a que su pensión de vejez sea revisada y liquidada sobre esa normatividad.

Manifestó, que tanto el Decreto 758 de 1990, como la Ley 100 de 1993, le resultaban mas favorables a la actora, y que la interpretación acogida por la *a quo* de la no modificación de situaciones consolidadas debe ser objeto de una ponderación de principios, pues no se esta poniendo en riesgo la seguridad jurídica de ninguna manera, ni se le esta otorgando nada ella no haya ahorrado en su vida, ni se esta desconociendo el valor del trabajo humano, que fue precisamente la regla de decisión con la que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cambió su decisión.

Finalmente, solicitó que se tuviera en cuenta el mandato de progresividad de la seguridad social, y que permita la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, como quiera que esta cumple con los requisitos dispuestos en el Decreto 1258 de 1990, y en la Ley 100 de 1993, y que se ordenara la reliquidación de la pensión de vejez a partir de la expedición del Decreto 758 de 1990, o de manera subsidiaria con la Ley 100 de 1993.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado el artículo 66A Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico determinar si la demandante tiene derecho a que se le adicione el tiempo público servido al Estado, con las cotizaciones pagadas al seguro social obligatorio I.V.M. administrado por el I.S.S., a fin de completar las semanas requeridas para la reliquidación pensional que pretende.

Se encuentra acreditado dentro del plenario ***i)*** que la actora nació el día 20 de enero de 1931 (Expediente Administrativo, archivo n.° 8); ***ii)*** que mediante Resolución n.° 04537 de 18 de diciembre de

1987, el extinto I.S.S. le reconoció una pensión de vejez, a partir del 21 de enero de 1986, con incremento por cónyuge a cargo e incremento por hijos (Expediente Administrativo, archivo n.° 8); ***iii)*** que el 19 de octubre de 2017, la actora solicitó a Colpensiones la reliquidación de la pensión de vejez, anexando el CLEB n.° 371 del 2 de octubre de 2017 (Expediente Administrativo archivo n.° 8); ***iv)*** que en Resolución n.° SUB 43346 de 20 de febrero de 2018, negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por la actora (Archivo n.° 1, pág. 18 - 21, ***v)*** y que dicha decisión fue confirmada en la Resolución n.° SUB 73284 de 16 de marzo de 2018 (Archivo n.° 1, pág. 32 - 36), y en la Resolución n.° DIR de 10 de mayo de 2018 (Archivo n.° 1, pág. 39 - 42).

Sobre la posibilidad de creación jurisprudencial, de adicionar el tiempo público servido al Estado con las cotizaciones pagadas al seguro social obligatorio de I.V.M. administrado por el extinto I.S.S., con el fin de completar las semanas requeridas para la causación de las pensiones, debe aclararse que se permite únicamente para los afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social, esto es, a quienes les son aplicables todas las normas que lo integran, concretamente los artículos 13, 33 y 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, en la sentencia SL-1947 de 2020, a la que hace referencia el recurrente, nuestro máximo órgano de cierre consideró pertinente modificar el precedente jurisprudencial consistente en que en el régimen pensional del Acuerdo n.° 049 de 1990, solo era posible computar semanas cotizadas exclusivamente al I.S.S., ante la no existencia de una disposición normativa que autorizara la sumatoria de semanas laboradas en el sector público, pues esa forma de completar la densidad de semanas, solo era posible bajo los postulados del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y no en aplicación del artículo 36 *ibídem*, por cuanto a los beneficiarios del régimen de

transición solo les resultaban aplicables la edad, el número de semanas y el monto de la prestación.

No obstante, en la referida sentencia, y en muchas otras como CSJ SL2590-2020; CSJ SL2659-2020; CSJ SL2557-2020; CSJ SL3110-2020; CSJ SL3838-2020; CSJ SL3657-2020; CSJ SL4480-2020, la Sala Laboral, esgrimió que como uno de los ejes centrales de la Ley 100 de 1993, fue unificar la pluralidad de regímenes pensionales prexistentes, en un sistema único, inclusivo, y universal, este le concedió validez a todos los tiempos laborados, de acuerdo con lo establecido en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y en el parágrafo del artículo 33.

Sin embargo, la posibilidad de la sumatoria de tiempos de servicio público no cotizados al I.S.S. con los aportes que se efectuaron a esa entidad, solo fue concebida para las pensiones previstas en el Acuerdo n.° 049 de 1990, en desarrollo del literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues es claro el hecho de que en los anteriores regímenes pensionales, como el establecido en el Decreto 3041 de 1966, en virtud del cual le fue reconocida la pensión de vejez a la actora, mediante Resolución n.° 04537 de 18 de diciembre de 1987, no se permite la convalidación de todos los tiempos laborados.

En este orden, como en el presente caso, la demandante causó el derecho a la pensión, el día 21 de enero de 1986, esto es, antes de la expedición y vigencia del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y del Sistema Integral de Seguridad Social, se concluye que la norma aplicable para la solución del asunto, es el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el artículo 1.° del Decreto 3041 de la misma anualidad, disposición esta

que se ítera no permite la sumatoria de tiempos públicos, por lo que no procede la reliquidación de la pensión de vejez deprecada, en consideración de los tiempos públicos.

Finalmente, se aclara que no es de recibo lo manifestado por el recurrente de que la sumatoria de tiempos de servicios públicos es viable, aún cuando el derecho se causó en vigencia de normas que anteceden al Acuerdo n.° 049 de 1990, aprobado por el artículo 1.° del Decreto 758 de la misma anualidad, pues de lo contrario se estaría atentando contra el principio de igualdad, esto, por cuanto no es posible alegar una vulneración del derecho a la igualdad entre posibles beneficiarios que no hubieren logrado el margen de la protección que se reclama, y aquellos que si lo consolidaron bajo la nueva legislación, pues ambos grupos se encuentra en condiciones distintas, en tanto que los primeros cuentan con una simple expectativa, mientras que los segundos ya tienen un derecho consolidado. Así las cosas, basta lo anteriormente expuesto para **confirmar** la sentencia apelada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de febrero de 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CECILIA RINCÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

EXP. 11001 31 05 **036 2019 00432** 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condenara a Colpensiones a reconocerle una pensión de invalidez, a partir del 9 de marzo de 2015, o del 28 de marzo de 2016, fecha en la cual se estructuró la enfermedad degenerativa que padece; al pago de las mesadas pensionales causadas entre el 9 de marzo de 2015 o el 28 de marzo de 2016, hasta que se haga efectivo su pago; al pago del retroactivo pensional, y de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sumas estas debidamente indexadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 22 de febrero de 1947; que actualmente cuenta con 72 años; que el día 13 de diciembre de 2016, Colpensiones expidió un reporte de semanas cotizadas, en el cual se consignó que entre el 1.° de noviembre de 1997, y diciembre de 2016, cotizó un total de 189 semanas; que el 8 de noviembre de 2016, le comunicó a la demandada que la asociación EN PRO DE LA NIÑEZ, no efectuó sus cotizaciones a tiempo, en el periodo comprendido entre febrero de 2014 y junio de 2015; conforme a la información consignada en la certificación laboral, que da cuenta de que laboró allí desde el 26 de diciembre de 1990 hasta el 12 de marzo de 2015; que la Gerente Nacional de Ingresos y Egresos de Colpensiones, remitió a la referida asociación, comunicación de 17 de abril de 2015, en la que allegó un cálculo actuarial, en donde se tuvieron como válidas las cotizaciones efectuadas entre el 1.° de febrero de 2014, y el 31 de diciembre de 2014., y que el 1.° de junio de 2018, solicitó a Colpensiones la realización de un nuevo cálculo actuarial, sin que a la fecha haya obtenido respuesta.

Sostuvo, que el día 9 de marzo de 2015, el Departamento de Medicina Laboral - Convenio E.P.S. CRUZ BLANCA, le comunicó que el equipo interdisciplinario de medicina laboral, le otorgó un 50.1% de la pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración de 6 de marzo de 2015; que Colpensiones emitió el dictamen final n.° 2016182742XX, en el que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral de 52.18%, con fecha de estructuración de 28 de marzo de 2016; que debido a que fue diagnosticada con una enfermedad degenerativa congénita, la fecha de estructuración de la misma es el 6 de marzo de 2015, y no el 28 de marzo de 2016, conforme a la jurisprudencia constitucional; que la certificación laboral expedida por la asociación EN PRO DE LA NIÑEZ, la comunicación expedida por la Gerente Nacional de Ingresos y Egresos, y la certificación realizada por el I.C.B.F., permitían inferir que cotizó más de 50 semanas en los últimos 3 años, desde la fecha en que se estructuró la incapacidad laboral; que en caso de que la asociación en PRO DE LA NIÑEZ le adeudaba alguna suma, le correspondía a Colpensiones efectuar el recobro, y que el 15 de noviembre de 2016, solicitó a la demandada la pensión de invalidez, la cual le fue negada mediante Resolución n.° GNR 384836 de 20 de diciembre, decisión esta que fue confirmada en Resolución n.° VPB 1557 de 15 de marzo de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de septiembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Archivo n.° 1, pág. 59).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante. Manifestó, que si bien la actora contaba con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 52.18%, en el

periodo comprendido desde el 28 de marzo de 2013 hasta el 28 de marzo de 2016, esto es, los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, no posee las 50 semanas de cotización exigidas por el artículo 39 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1.° de la Ley 860 de 2003, como quiera que en su historia laboral únicamente aparecen registradas 34.71 semanas, y que por dicha situación no procedía el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, e improcedencia de indexación y de intereses moratorios (Archivo n.° 1, pág. 66 - 73)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 26 de enero de 2021, condenó a Colpensiones, a reconocerle y pagarle a la demandante, la pensión de invalidez, a partir del 28 de marzo de 2016, en cuantía igual al salario mínimo mensual legal vigente, con una mesada adicional por año, y a pagar los intereses moratorios causados a partir del 16 de marzo de 2017, respecto de las mesadas causadas desde el 28 de marzo de 2016, y hasta que se verifique el pago de la obligación; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, y la condenó en costas (Archivo n.° 6).

Indicó, que para resolver la presente controversia debía tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1.° de la Ley 860 de 2003, que indica que tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Manifestó, que al revisar la historia laboral de la actora, para verificar el cumplimiento de este requisito, evidenció que esta contaba con un total de 34.1 semanas cotizadas en el periodo referido, por lo que en principio no podría ser beneficiaria de la pensión de invalidez deprecada. No obstante, aclaró que la asociación "En Pro de la Niñez" efectuó cotizaciones en favor de la actora entre febrero y octubre de 2014, pero que los mismos no se tenían en cuenta por contener la anotación de *"No registra la relación laboral en afiliación para este pago"*.

Estimó, que si bien la empresa no reportó la reanudación de la vinculación de la actora, ni novedad alguna, si efectuó los respectivos aportes, pero que Colpensiones no advirtió ni a ella ni a su empleador, de dicha irregularidad, por lo que no podía beneficiarse de su propia omisión, pues conforme a lo dicho por nuestro máximo órgano de cierre, si la entidad guarda silencio respecto de las deficiencias en la historia laboral del afiliado, y recibe aportes sin cuestionamiento alguno, se configura una aceptación tácita de ello.

Conforme a lo anterior, concluyó que debían tenerse en cuenta las semanas cotizadas por la actora entre febrero y octubre de 2014, con las cuales completaba un total de 69 semanas en los últimos 3 años a la fecha de estructuración de la invalidez (28 de marzo de 2016), lo que la hacía acreedora de la prestación deprecada, en cuantía del S.L.M.M.V. para cada anualidad.

Sobre la fecha de estructuración, indicó que esta correspondía al 28 de marzo de 2016, y que no contaba con elementos de juicio suficiente para determinar que la misma, había sido anterior.

Finalmente, señaló que Colpensiones debía ser condenada al pago de los intereses moratorios, a partir del 15 de marzo de 2017, fecha en la cual feneció el término de 4 meses dispuesto en la ley para el pago de la pensión, teniendo en cuenta que la misma fue solicitada

el 15 de noviembre de 2016, en concordancia con lo establecido en el artículo 9.° de la Ley 797 de 2003.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDADA,** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Esgrimió, que si no tuvo en cuenta el periodo de cotización referido por la demandante, no fue porque su empleador haya realizado los aportes al sistema sin llenar los formatos necesarios, sino porque este no pagó los aportes al sistema durante el periodo de cotización comprendido entre febrero y octubre de 2014, y solo hasta el 2015, cuando ya no existía relación laboral alguna, realizó el pago de tales aportes, con posterioridad a la fecha que la entidad había establecido como límite de pago para tal efecto.

Dijo, que el valor cancelado por la entidad, ya no era suficiente para cubrir el periodo que se pretendía validar, debido a que los aportes en mora debían actualizarse, y variaban conforme al tiempo transcurrido.

Aseveró, que jamás faltó a su deber, pues en reiteradas ocasiones le informó a la parte actora el procedimiento a seguir para el pago de los aportes en mora, y que le correspondía al empleador solicitar la actualización del cálculo actuarial, sin que a la fecha lo haya hecho, motivo por el cual, era este y no Colpensiones quien debía asumir la responsabilidad.

Finalmente, expuso que no había lugar al pago de intereses moratorios, debido a que la negativa de reconocerle la pensión de invalidez a la demandante tuvo sustento legal, pues lo sucedido se

debió a la dificultad de cargar en la historia laboral de la demandante las semanas de cotización efectuadas con el empleador Asociación EN PRO DE LA NIÑEZ, lo que imposibilitaba el reconocimiento de la pensión de invalidez.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala determinará ***i)*** si para efectos pensionales es viable tener en cuenta el periodo presuntamente laborado por la demandante al servicio de la Asociación en Pro de la Niñez, entre febrero y octubre de 2014 ***ii)*** de ser así, si la demandante acredita la totalidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de invalidez, ***iii)*** y si procede el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que ***i)*** la demandante nació el 22 de febrero de 1947 (Archivo n.° 1, pág. 14 - 15); ***ii)*** que el Grupo Médico Laboral de Colpensiones, le determinó una pérdida de capacidad laboral de 52.18%, de origen común, y con fecha de estructuración de 28 de marzo de 2016 (Archivo n.° 1, pág. 30 - 36); ***iii)*** que registra un total de 189 semanas cotizadas a Colpensiones, conforme a la historia laboral expedida por dicha entidad actualizada a 15 de mayo de 2019 (Archivo n.° 1, pág. 16 - 17); ***iii)*** que mediante Resolución n.° 384836 de 20 de diciembre de 2016, Colpensiones le negó el reconocimiento de una pensión de invalidez (Archivo n.° 1, pág. 40 - 46), ***iv)*** y que dicha decisión fue confirmada en Resolución n.° GNR 2817 de 6 de enero de 2017 (Archivo n.° 1, pág. 47 - 50), y en la Resolución n.° VPV 1557 de 16 de marzo de 2017 (Archivo n.° 1, pág. 51 - 55).

La demandante, echa de menos tanto en los actos administrativos reseñados, como en su historia laboral, la totalidad del período que adujo haber laborado para la Asociación EN PRO DE LA NIÑEZ, comprendido entre febrero de 2014 y octubre de 2014. Para comprobar tal aspecto se allegaron los siguientes documentos:

Copia de la certificación laboral expedida el 17 de junio de 2015, por la representante legal de la Asociación en Pro de la Niñez, en la que consta que laboró como madre comunitaria voluntaria desde el 26 de diciembre de 1990 hasta el año 2013, y desde el 3 de febrero de 2014 hasta el 17 de junio de 2015 (Archivo n.° 1, pág. 38); copia de la Certificación para Hogares Comunitarios expedida por la Directora Regional del I.C.B.F. en donde consta que la actora ejerció la actividad de madre comunitaria desde el 26 de diciembre de 1989 hasta el 30 de junio de 2015 (Archivo n.° 1, pág. 39); comunicación expedida por Colpensiones el día 19 de diciembre de 2016, en donde le indican a la actora lo siguiente: *"(...) le informamos que los ciclos 201402 a 201410, fueron cancelados por ASOCIACIÓN EN PRO DE LA NIÑEZ 800113664 de forma extemporánea, fecha para la cual no tiene relación laboral con dicho empleador, razón por la cual no contabilizan en la Historia Laboral; Para solucionar dicha inconsistencia le sugerimos requerir al empleador copia de la liquidación de la reserva actuarial con pago expedida por el ISS o Colpensiones; Una vez tenga los documentos deberán radicarlos en un Punto de Atención al Ciudadano. En caso de no contar con los soportes mencionados el empleador deberá solicitar la devolución de los aportes en mención y posteriormente solicitar el cálculo actuarial a Colpensiones de dichos aportes, para que le sean aplicados en su Historia Laboral.",* (Archivo n.° 1, Expediente Administrativo), y comunicación de fecha de 27 de enero de 2017, en donde le reiteraron a la demandante la misma información (Archivo n.° 1, Expediente Administrativo).

Es preciso indicar, que de la lectura de los reportes de semanas que reposan de la pág. 16 a 18 del expediente virtual (Archivo n.° 1),

y del expediente administrativo, se observa que no hubo ingreso al sistema pensional por parte de la Asociación EN PRO DE LA NIÑEZ en beneficio de la demandante, en el periodo comprendido entre febrero de 2014 y octubre de 2014, como quiera que los mismos tienen la siguiente anotación *"No registra la relación laboral en afiliación para este pago"*.

No obstante, también se evidencia que la Asociación EN PRO DE LA NIÑEZ, efectuó los pagos por el periodo indicado el día 24 de abril de 2015, de lo que se puede inferir que lo que realmente ocurrió fue que la Asociación, en su calidad de empleadora de la actora, pese a que omitió afiliarla procedió a trasladar a satisfacción de Colpensiones, con base en el cálculo actuarial efectuado por la entidad el día 17 de abril de 2015 (Archivo n.° 1, pág. 19 - 23), la suma correspondiente a las cotizaciones del referido periodo, lo que igualmente fue admitido por Colpensiones en comunicación de 19 de diciembre de 2016 (Expediente Administrativo), pese a que en la misma afirmó que la Asociación había efectuado dicho pago de forma extemporánea.

En este orden, debe dársele aplicación a lo dispuesto en el literal d) del parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es, que para efectos del cómputo de semanas deberá tenerse en cuenta el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, como aconteció en el presente caso.

Por lo expuesto, es viable tener en cuenta el periodo laborado por la demandante desde febrero a octubre de 2014, que equivale a un total de 38.6 semanas, para efectos de determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, por lo que sobre este punto habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada y consultada.

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

En reiterada jurisprudencia, nuestro órgano de cierre ha sostenido que tratándose de la pensión de invalidez la normatividad que rige es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez (SL-3554 de 2021, SL-3648 de 2021, y SL-2610 de 2021).

Así las cosas, como la fecha de estructuración de la invalidez de la actora data del 28 de marzo de 2016, conforme al dictamen emitido por el Grupo Médico Laboral de Colpensiones (Archivo n.° 1, pág. 30 - 36), debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.° de la Ley 860 de 2003, que dispone como requisitos para obtener la pensión de invalidez que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así, con la inclusión de las semanas cotizadas entre febrero de 2014, y octubre de 2014, en la historia laboral de la actora, se acredita el requisito dispuesto en la norma, como quiera que entre el 28 de maro de 2013 y el 28 de marzo de 2016, la demandante cuenta con un total de 69 semanas cotizadas, como bien lo determinó la *a quo.*

En este orden, es claro que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por lo que sobre este tópico habrá de **confirmarse** la sentencia apelada y consultada.

Ahora bien, el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, dispone que el monto de la pensión de invalidez será equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso, por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización. No obstante,

como la actora no alcanzó las 500 semanas indicadas; siempre cotizó sobre el salario mínimo mensual legal vigente, y dicha pensión no puede ser reconocida sobre un valor inferior, la entidad demandada debe reconocerle y pagarle a la demandante la pensión de invalidez, a partir del 28 de marzo de 2016 (fecha de estructuración de la invalidez), en cuantía igual al S.M.M.L.V., con una mesada adicional por año, como bien lo determinó la *a quo*. Así las cosas, se **confirmará** la sentencia apelada y consultada.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

En sentencia SL – 1346 de 2019, nuestro órgano de cierre indicó que cuando exista retardo en el pago de las mesadas pensionales hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, con independencia de si existió o no buena fe de la administradora. Igualmente, precisó que *"en algunos asuntos especiales dichos intereses no son viables, como por ejemplo, cuando la administradora actúa con apego a una norma legal vigente para el caso en concreto o cuando existan dudas sobre el destinatario de la prestación como sería el tema de controversias entre los beneficiarios de una pensión de sobreviviente"* situaciones que no acontecen en el presente caso, pues el no pago y reconocimiento de la pensión de invalidez a la actora, se debió a que Colpensiones no tuvo en cuenta las semanas comprendidas entre febrero de 2014 y octubre de 2014, pese a que la Asociación EN PRO DE LA NIÑEZ, efectuó el pago correspondiente al cálculo actuarial por dicho periodo, el día 25 de abril de 2015.

Al ser claro entonces, que el no pago de la prestación no se debió a un respaldo normativo o a la aplicación estricta de la ley, es procedente la imposición de los intereses moratorios.

Ahora bien, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1.° de la Ley 860 de 2003, dispone que las administradoras de pensiones deben reconocer la pensión en tiempo no superior a dos

meses después de radicada la solicitud por el peticionario, motivo por el cual, vencido este término, Colpensiones entra a deber los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el caso concreto, no se discute que la petición fue elevada por la actora el 15 de noviembre de 2016, de suerte que los dos meses de gracia vencían el 15 enero de 2017, por lo que desde dicha data la entidad demandada debe reconocer los intereses moratorios.

No obstante, se observa que la *a quo* incurrió en yerro al determinar que Colpensiones le adeudaba los intereses moratorios a la demandante a partir del 17 de marzo de 2017, como quiera que en esa data feneció el término de 4 meses, pese a que la norma es clara en establecer que en tratándose de la pensión de invalidez, las administradoras de pensiones deben reconocer la pensión en un tiempo no superior de 2 meses.

Sin embargo, sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada y consultada, en aplicación del principio de la *non reformatio in pejus*, como quiera que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y no puede hacerse más gravosa su situación, y la parte demandante guardó silencio.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

*Hipervínculo de consulta del expediente virtual:
https://etbcsjmy.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmEhFpuk-JJNoUje6omfXj0BxM8ch1kVCQx_gQY0uPpDlg?e=0e758e

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DIANA DEL PILAR GONZÁLEZ PEÑA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 **036 2019 00533** 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A., por existir un asalto en su buena fe debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa. En consecuencia, que se le condene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con sus rendimientos, y el detalle del traslado de aportes. A su vez, que se condene a Colpensiones a activar su afiliación desde el 10 de mayo de 2019, fecha que corresponde a la fecha de radicación el formulario de afiliación en Colpensiones, y a recibir el traslado de sus aportes. Además de ello, pidió la condena al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales que se prueben en el proceso de acuerdo con los poderes extra y ultra petita del juez, y al pago de costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas (Archivo 1.1, págs. 7-9).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 2 de octubre de 1965; se afilió al R.A.I.S. administrado por Colfondos S.A. el 18 de noviembre de 1996, y en ejercicio de esta afiliación y desde el principio no le fue provista información clara y suficiente sobre las características del R.A.I.S., sus conveniencias y oportunidades, para el mejor interés de la demandante. A lo largo de la duración de la afiliación, afirmó que tampoco informó del valor proyectado de su pensión, ni de las modalidades pensionales disponibles.

En el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por Colpensiones el 10 de mayo (*idem*, pág. 12).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 19 de noviembre de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas, y la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (*idem*, pág. 75).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 13 de diciembre de 2019 con oposición a todas y cada una de las pretensiones, negando que le constaran la mayoría de los hechos, y en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción, Falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, Buena fe, Presunción de legalidad de los actos jurídicos, Inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, y la Innominada o genérica (*idem*, págs. 99-122).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda el 19 de diciembre de 2019, allanándose a las pretensiones (*idem*, pág. 129).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio tras su acuse de recibo del 28 de noviembre de 2019, de los documentos que debía recibir de acuerdo con el artículo 612 del C.G.P. (*idem*, págs. 79-80).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en

sentencia del 27 de mayo de 2021, a pesar de haber aceptado el allanamiento de Colfondos S.A. (Archivo 2), absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, y condenó a ésta última en costas (Archivo 4.3).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, solicitó la revocatoria de la sentencia de primer grado por cuanto la obligación de información de las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones permanecería por igual ante la afiliación y el traslado, por lo cual procedería de igual manera la ineficacia de la afiliación a la del traslado. En este caso, se habría faltado a tal deber, de modo que procede la aplicación del amplio precedente sobre ineficacias de traslado en defensa de su derecho a la igualdad. Por lo cual correspondería a la A.F.P. demostrar que cumplió con su deber, y no lo hizo más que mostrando la firma del consentimiento en la solicitud de afiliación de 1996. También, debería tenerse en cuenta el allanamiento de Colfondos S.A.

Por otro lado, sería falso que se incurriera en descapitalización del Sistema General de Pensiones, por cuanto el dinero trasladado es el dinero efectivamente ya cotizado en manos del sistema, y sencillamente ese dinero sería trasladado a la administradora del R.P.M.P.D.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si la afiliación al régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciada o no de nulidad

por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 2 de octubre 1965; ***ii)*** que nunca ha estado afiliada al Instituto de Seguros Sociales; ***iii)*** cotizó a Colfondos S.A. desde el 18 de noviembre de 1996 (*idem*, pág. 56), con un total de 1141 semanas cotizadas para 13 de abril de 2019, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa en el Archivo 1.°, en sus páginas 23 a 38.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

El traslado de régimen pensional se encuentra regulado por el artículo 2.° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al disponer que *"después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, lo primero que se debe dejar claro, es que como bien lo dejó establecido el juzgador de primera instancia, la situación de la aquí demandante es totalmente particular, toda vez que, en este caso, no estamos en presencia de un traslado de régimen pensional, como se pretende hacer ver por la parte demandante; sino que nos encontramos frente a la inconformidad de la demandante respecto de una inicial y única afiliación al Sistema General de Pensiones en el R.A.I.S. administrado por COLFONDOS S.A.

Así las cosas, si bien es cierto que la protección que se ha brindado mediante las sentencias que declaran la invalidez en la

afiliación se encaminan a evitar que el derecho pensional se vea frustrado en las específicas condiciones establecidas en el régimen de prima media con prestación definida; como ya se indicó, la demandante no se encontraba en esta situación al momento en que se afilió a la A.F.P. COLFONDOS S.A., toda vez que, en tal ocasión, se encontraba haciendo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen, por lo que ninguna pérdida de beneficios le representaba tal afiliación.

Ahora bien, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones puede configurar un engaño que conlleve a la anulación del traslado, más esto no se da en el presente caso. No obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las cuales pueden conllevar a la ineficacia del mismo, de resultar vulneradas con el traslado; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legitima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante con su afiliación, quien para el 1.° de abril de 1994 no se hallaba afiliada al Sistema General de Pensiones, e inició la formación de su derecho de pensión sólo hasta el año 1996?

Así las cosas, se tiene que para el 1.° de abril de 1994, la demandante contaba con 28 años, por lo cual le faltaban casi 30 años para llegar a la edad de 57 años y cumplir uno de los requisitos para adquirir el derecho a pensión en el R.P.M. según la norma actualmente vigente, la Ley 797 de 2003. Sin embargo, como ya se dijo, para tal fecha no se encontraba afiliada a ningún fondo pensional, lo cual se traduce en que no contaba con expectativa legítima alguna de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a COLFONDOS S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere que, con este acto, se produjeron los efectos de afiliación válida al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en la afiliación a COLFONDOS S.A. debiera ser ineficaz o estuviera viciado de nulidad por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, como lo afirmó la parte demandante; máxime cuando la suscripción del formulario de afiliación no fue objeto de reproche de su parte, lo que considera la Sala como una ratificación tácita de su voluntad, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Además de lo anterior, no se verifica ningún vicio del consentimiento toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual hubiese podido incurrir en error de hecho al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *ídem*.

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación por parte de la A.F.P. COLFONDOS S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Por lo anterior, se considera entonces que no existen elementos de juicio que permitan establecer fuerza o error al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado y estuvo de acuerdo con la información suministrada. Por lo tanto, no hay lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. COLFONDOS S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Es de anotar también, que no se puede dejar pasar inadvertida la inconformidad de la demandante, que motivó la presentación de la demanda, la cual es el posible monto de la mesada pensional. Pero esto, no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de afiliación, o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque, en dicha oportunidad, una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como, por ejemplo, por los ingresos base de cotización durante la vida laboral, la edad y las semanas de cotización en el régimen de prima media, y por la cuantía de los aportes obligatorios y voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se

escoja, entre otros, en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo dicho anteriormente, no es viable acceder a la pretensión de la demandante de la nulidad o ineficacia de su afiliación. Así, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como aceptó hacerlo al firmar el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A. En consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

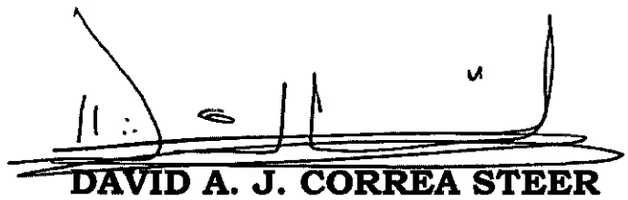
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Con salvamento de voto)

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FANNY MARITZA FUENTES PARRA** contra **I.M.C AIRPORT SHOPPES S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 **039 2018 00432** 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que entre ella y I.M.C. AIRPORT SHOPPES S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido, que finalizó sin justa causa imputable al empleador, el día 9 de agosto de 2015, fecha en la cual se encontraba con estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta, como quiera que se encontraba en tratamiento médico debido al accidente laboral que sufrió.

En consecuencia, que se ordenara su reintegro, y se condenara a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha en que se efectúe el mismo; al pago de 40 S.M.M.L.V., por concepto de daño moral subjetivo, y al pago de las prestaciones y acreencias laborales causadas en los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, y 2015;

Para el efecto, manifestó que el 15 de enero de 1996, celebró un contrato de trabajo con la demandada; que el último cargo que desempeñó fue el de directora comercial; que el último salario que devengó fue de $7.341.800; que el día 7 de octubre de 2013, sufrió un accidente de trabajo en las escaleras de la empresa; que el mismo, fue reportado ante la A.R.L. Colpatria; que como consecuencia del siniestro, le fueron asignadas 10 terapias físicas, medicamentos, además de varias incapacidades; que una vez culminó dichas terapias le fueron asignadas otras más; que el accidente de trabajo produjo un secuela que le genera un padecimiento continuo de dolor e imposibilidad para realizar actividades cotidianas y laborales, y que

la demandada tomó medidas preventivas y correctivas respecto del accidente que sufrió.

Sostuvo, que el día 9 de agosto de 2015, la empresa dio por terminado su contrato de trabajo sin justa causa, y encontrándose el tratamiento médico como consecuencia del accidente laboral sufrido; que dentro de la liquidación de prestaciones sociales, no tuvo en cuenta los auxilios y acreencias laborales para los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, y 2015, en el valor correspondiente a cada anualidad; que como consecuencia de su despido, tuvo que asistir a terapias de carácter alternativo, en los años 2016 y 2017; que el día 5 de julio de 2018, radicó derecho de petición ante AXA COLPATRIA para solicitar copia del reporte de su accidente laboral, de la investigación del accidente laboral, de la ponencia del cierre del caso, y de la pérdida de capacidad laboral, y que debido a su disminución física no ha podido conseguir trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 29 de enero de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Archivo n.° 11, pág. 2).

I.M.C. AIRPORT SHOPPES S.A.S., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demandante. Esgrimió, que al momento del despido la actora no se encontraba bajo estabilidad laboral reforzada, ni en ninguna situación de debilidad manifiesta que implicara su protección.

Propuso las excepciones de ausencia de estabilidad laboral reforzada, ausencia de culpa patronal - ausencia de nexo de

causalidad, indeterminación de los supuestos perjuicios reclamados, ausencia de culpa suficientemente probada del empleador, las obligaciones del empleador de seguridad y salud en el trabajo, respecto de un accidente de trabajo son de medio y no de resultado, cosa juzgada por transacción, compensación, buena fe, exagerada e infundada tasación de pretensiones, prescripción, y ausencia de causa para pedir (Archivo n.° 11, pág. 28 - 88)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 4 de noviembre de 2020, declaró probada la excepción de cosa juzgada y ausencia de estabilidad laboral reforzada, y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra (Archivo n.° 26).

En lo que interesa a la alzada, esgrimió que las partes suscribieron un contrato de transacción respecto del cual debía estudiarse su validez, conforme a lo previsto en los artículos 24, 69 y 502 del Código Civil, como quiera que la parte demandada propuso la excepción de cosa juzgada por transacción.

Estimó, que el referido contrato generó plenos efectos jurídicos debido a que no se estructuró ningún vicio de consentimiento, y recayó sobre un objeto y causa lícita en tanto no se afectaron derechos ciertos e indiscutibles de la trabajadora, aunado a que la actora no cumplió con la carga de la prueba que le imponen las normas procesales, esto es, probar el supuesto de hecho de los vicios de consentimiento del acuerdo.

Sobre la suma que le fue reconocida a la actora, en virtud del contrato de transacción, señaló que al efectuar las operaciones

aritméticas de rigor, con el fin de establecer si efectivamente se vulneraron de forma grave los derechos ciertos e indiscutibles de esta, lo que si podría constituir una causa ilícita, pudo concluir que lo alegado, como las bonificaciones que se señalan como salario real, se encontraban inmersas dentro de ese valor.

Sobre la indemnización por culpa del empleador de que trata el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó que en el contrato de transacción también se tasó el valor que pudiera corresponder por dicho concepto.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada, indicó que con las pruebas arrimadas al proceso se constató que al momento en que el empleador y la actora, de mutuo acuerdo, decidieron terminar la relación laboral, esta no tenía un grado de discapacidad que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, debido a que en vigencia de la relación laboral acreditó un total de 11 incapacidades que tuvieron vigencia, un año antes de la terminación del contrato de trabajo, así como las terapias físicas a las que se sometió, e igualmente indicó que no había constancia alguna que enseñara que la actora inició un proceso de pérdida de capacidad laboral, o un concepto de rehabilitación laboral.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación.

Arguyó, que no se valoró en debida forma, una de las pruebas más representativas, esto es, la liquidación de prestaciones sociales

firmada por la actora el día 5 de agosto de 2015, en donde en el pie de página, esta indicó que se reservaba el derecho a reclamar.

Dijo, que la parte demandada actuó con dolo en la firma del contrato de transacción que suscribieron las partes el día 6 de agosto de 2015, esto es, al día siguiente del conocimiento de la liquidación de prestaciones sociales referida, como quiera que la firma de ese documento adicional tenía el propósito de que la demandante no pudiera reclamar después.

Señaló, que los emolumentos hacían parte del salario de la demandante como quiera que dentro del expediente no obraba prueba alguna que indicara que respecto de estos se hubiese pactado de forma clara, expresa, precisa y detallada que eran valores no constitutivos de salario, y que este punto debía resolverse conforme a la regla general, esto que cuando determinado emolumento esta incluido o no en este tipo de acuerdos, debe entenderse para todos los efectos que es retributivo conforme a lo dispuesto en la sentencia SL-5159 y SL-1798 de 2018.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir las apelaciones interpuestas por ambas partes, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar si existió dolo, como vicio de consentimiento, en el acuerdo

de transacción suscrito entre las partes, y si los emolumentos deprecados por la actora son constitutivos de salario.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que ***i)*** que el 15 de enero de 1996, las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido (Archivo n.° 11, pág. 103 - 106); ***ii)*** que el 5 de agosto de 2015, la demandada efectuó la liquidación de prestaciones sociales a la actora, en virtud de la finalización de la relación laboral, ***iii)*** y que el día 6 de agosto de 2015, las partes firmaron un acuerdo de transacción (Archivo n.° 11, pág. 98 - 102).

El artículo 303 del Código General del Proceso, establece que para que se configure la cosa juzgada, el nuevo conflicto debe versar sobre el mismo objeto, tener la misma causa y debe existir identidad de partes; sea el caso advertir que las decisiones finales que haya resuelto el primer litigio, adquieren el carácter de definitivas e inmutables, lo que confiere a las partes en contienda seguridad jurídica respecto de lo resuelto, pues justamente uno de los propósitos de la figura estudiada es evitar que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias o que un mismo conflicto se resuelva en tiempos diferentes y en formas inversas.

En este asunto, se advierte que la demanda invocó la excepción de cosa juzgada con fundamento en el acuerdo transaccional celebrado entre las partes el día 6 de agosto de 2015 (Archivo n.° 11, pág. 98 - 102), cuyo objeto fue el siguiente: *"dar por terminada todo tipo de relación laboral y contractual que haya existido entre ellos o que pudiera llegar a existir a partir de las diferentes relaciones contractuales que han mantenido; por lo que con el presente contrato quedará saldada cualquier obligación contractual, extracontractual o laboral, toda vez que se transige cualquier reclamación futura legal o extralegal".*

Vale la pena señalar en este punto, que según el artículo 2469 del Código Civil, este documento es un contrato que suscriben las partes con el fin de terminar un litigio surgido entre ellas o para precaver un litigio eventual, y a diferencia de la conciliación, la transacción no se realiza con la intervención de alguna autoridad, sino que basta la manifestación escrita de las partes de que llegaron a un acuerdo sobre el punto litigioso o eventualmente litigio, para que esta tenga plena validez. Así, se encuentra acreditado que en el caso de autos existe identidad de partes.

Ahora bien, en el presente caso, alega el recurrente que previo a dicha transacción la demandante, en la liquidación de prestaciones sociales efectuada el día 5 de agosto de 2015, manifestó que se reservaba el derecho a reclamar, pero que el día 6 de agosto de la misma anualidad, la demandada, actuando con dolo, hizo que la actora firmara el referido acuerdo de transacción, con el único fin de que esta no pudiera reclamar después.

Es de recordar, que el artículo 1502 del Código Civil, consagra que para que una persona se obligue, es necesario que concurran, entre otros elementos, el consentimiento libre de vicios, esto es, de error, fuerza o dolo (artículo 1508 *ibídem*), postulado que adquiere especial relevancia cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, pues como bien es sabido el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, de suerte que le corresponde a esta Sala prestar especial atención al vicio que alega el recurrente, para determinar si efectivamente con el acuerdo de transacción suscrito se alteró la voluntad de la demandante.

Debe tenerse en cuenta, que sobre este punto nuestro máximo órgano de cierre ha precisado que los elementos que pueden afectar la libre voluntad de quien suscribe un contrato de transacción, no se

pueden presumir, como quiera que deben demostrarse plenamente por parte de quien aduce que lo padeció (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014, CSJ SL13202-2015 SL572-2018 y CSJ SL5032-2020), supuesto que como bien lo adujo la *a quo,* no se configuró en el presente caso por las razones que se explicaran a continuación.

En efecto, en el contrato de transacción suscrito entre las partes se encuentran las siguientes consideraciones:

"(...)

4. Que a la señora FANNY MARITZA FUENTES PARRA, se le pagaron todas las obligaciones laborales.

5. Que a la señora FANNY MARITZA FUENTES PARRA, se le pagaron las obligaciones laborales como salarios, prestaciones sociales y demás garantías laborales, cada vez que desarrolló actividades con la empresa bajo la modalidad de contrato a término indefinido.

6. Que por mutuo acuerdo de las partes han decidido finalizar todos los contratos civiles y/o laborales que se encuentre vigentes hasta la fecha.

7. Que la señora FANNY MARITZA FUENTES PARRA declara que se encuentra conforme con la suma de dinero que le será reconocida por el tiempo que prestó los servicios personales, y que se obliga desde ahora a no iniciar ningún tipo de trámite administrativo o demanda de carácter judicial, ya que reconoce el pago total de sus acreencias contractuales y laborales, tal y como se evidencia de la liquidación final de todas sus prestaciones de ley".

En la segunda cláusula contractual, se pactó, que además de versar la transacción sobre la finalización laboral y contractual entre las partes, y el cubrimiento total de las obligaciones de ellas, desde el punto de vista económico se le reconocería la suma de $84.591.628, *"por concepto de prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías), y de la indemnización por el tiempo de servicio prestado*

a la empresa y por cualquier pretensión futura que pretenda reclamar por un hecho desconocido a la firma del presente contrato".

De la lectura de dicho documento, se evidencia la intención inequívoca de las partes fue finiquitar el contrato de trabajo que los unía, a partir de la fecha en que fue suscrito, y a cambio de una suma dinero, de lo cual no se deriva la presencia de un vicio que pudiera afectar la libre determinación de la voluntad de la demandante.

Aunado a ello, la demandante, al absolver su interrogatorio de parte admitió reconocer el documento correspondiente a la liquidación de las prestaciones sociales, así como que la firma que obraba en el, era la suya. Igualmente, admitió que firmó el acuerdo de transacción, y que la suma que se pactó en él si fue recibida por ella.

Así las cosas, aún cuando parece extraño el hecho de que el contrato de transacción haya sido firmado con posterioridad a la liquidación de prestaciones sociales, lo cierto es que entre uno y otro acto únicamente transcurrió un día, y respecto de ambos la actora manifestó conocer el contenido y haberlos firmado voluntariamente, confesión esta que basta para entender que el contrato de transacción firmado entre las partes no estuvo viciado de dolo.

Ahora bien, respecto de la definición de derechos ciertos e indiscutibles que deben ser excluidos de cualquier conciliación o transacción, en sentencia CSJ SL, 17 febrero 2009, radicado 32051, la Corte indicó lo siguiente:

> *[...] el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su*

configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales' (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332)'.

Según el precedente transcrito, para que pueda predicarse dicha naturaleza es necesario que no exista duda sobre su causación, ni hecho que impida su exigibilidad; además, no cualquier discrepancia de la contraparte resta esa condición, así que el título de discutible no siempre se determina por la circunstancia de estar los interesados en un estadio jurisdiccional, pues «cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad», este se torna indiscutible. Dicho de una manera más simple, cuando con fundamento en una actuación subjetiva o antojadiza se pretende empañar la exigibilidad de un derecho, ese proceder no puede anteponerse a los elementos objetivos que lo causan, los cuales prevalecen jurídicamente.

En ese sentido, en el caso de autos, no se vislumbra vulneración de este tipo de derechos, pues la terminación del contrato de trabajo y el reconocimiento de una suma de dinero a título de indemnización, por la finalización de este son asuntos transables.

Es claro entonces para esta sala, que lo que se pactó entre las partes fue la superación de una controversia ligada a la terminación del contrato de trabajo, lo que fue aceptado por la demandante, y que, en todo caso, devino en el reconocimiento de una suma de dinero que no implicó la renuncia a unos derechos laborales, sino la compensación económica para precaver cualquier litigio eventual frente al tema.

Así las cosas, el documento firmado por ambas partes, tiene como naturaleza jurídica la de ser un acuerdo o contrato de

transacción regida por el artículo 2483 del Código Civil, que produce cosa juzgada y, por ende, no resulta viable que el juez ordinario entre a reabrir debates sobre los aspectos controvertidos en dicha actuación, menos cuando la parte demandante no pidió su ineficacia o nulidad por algún defecto sustancial en el escrito de demanda.

En este punto, es preciso traer a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, efectuado en los siguientes términos: *«Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo»* (CSJ SC de 29 jun. 2007 rad. 6428, reseñada en la SL2833-2017).

Por lo enunciado, resultaba procedente declarar probada la excepción de cosa juzgada, como en efecto lo hizo la *a quo*, por cuanto que el acuerdo de transacción produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo por presumirse auténtico a la luz del Código General del Proceso, sin que el juez ordinario pueda inmiscuirse en el mismo, salvo que alguna de las partes alegue algún defecto sustancial en su contenido, lo cual aquí, por supuesto, no aconteció, pues sobre dicho acto no se hizo ninguna manifestación en el escrito de demanda.

En ese orden, no hay más alternativa que **confirmar** la sentencia apelada, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda al configurarse el fenómeno de la cosa juzgada entre las partes.

Dado el resultado del proceso, se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno en relación con el subsiguiente problema jurídico aquí planteado, esto es, si los emolumentos deprecados por la actora son constitutivos de salario, por sustracción de materia. Sin costas en la alzada, ante su no causación, las de primera serán a cargo de la demandante.

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

RESUELVE:

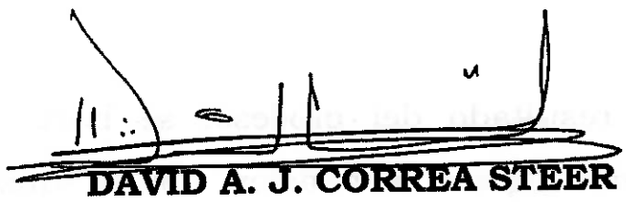
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

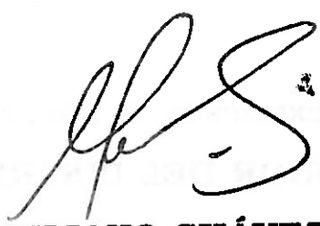
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

*Hipervínculo de consulta del expediente virtual: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eqi5a6bo6gRBmAuRP5X6EWMByTtyUb5z_ufPbUzMVaWvog?e=ydAgTX

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA MARSELLA MOLINA DORADO** contra **CORPORACIÓN ESCUELA DE ARTES Y LETRAS.**

EXP. 11001 31 05 **039 2019 00162** 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que entre ella y la demandada existió una relación laboral que inició el 9 de agosto de 2010, y terminó el 11 de octubre de 2017, por causas imputables al empleador; que se declarara ineficaz el documento denominado "Anexo 1", incorporado en el contrato individual de trabajo, a través del cual se establecieron unos auxilios con póliza de exclusión salarial que excedían el 66% de la retribución de la demandante; que el último salario que devengó fue de $5.500.000; que la demandada le adeuda el reajuste de las prestaciones sociales y acreencias laborales por todo el tiempo laborado con base en el salario que realmente devengó, y que no le fue pagado, y que la demandada no ha cumplido con la obligación de informarle por escrito sobre el pago de las cotizaciones a seguridad social, como lo ordena el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, que se condenara a la demandada al pago y reajuste de las prestaciones y acreencias laborales; de los salarios adeudados durante la vigencia de la relación laboral; al pago de la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017; de la indemnización contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo por despido indirecto, y de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que se vinculó laboralmente con la demandada, el día 9 de agosto de 2010, a través de varios contratos por periodo académico; que el 10 de febrero de 2015, se cambió la modalidad contractual a un contrato

a término indefinido; que el salario que se pactó fue de $2.706.667; que la institución escindió el valor mencionado en un básico equivalente a $1.624.000, y unos beneficios periódicos de carácter no salarial por la suma de $1.082.667, la cual abarcaba auxilio de transporte, auxilio de alimentación, y auxilio de teléfono, pero que para efectos pensionales únicamente le tuvieron en cuenta la suma de $1.624.000, y que dichos pagos no constitutivos de salario equivalían al 40% del salario percibido por la demandante; que los valores cancelados por el empleador a título de incentivos no salariales no eran ocasionales, ni voluntarios.

Sostuvo, que el día 4 de abril de 2017, suscribió un otrosí al contrato de trabajo por cambio de cargo, en el cual se le asignó un salario de $3.300.000, más el auxilio no salarial por valor de $2.200.000; que la demandada moduló la póliza de exclusión salarial aumentándola en un coeficiente del 66.66%, y que los incentivos no salariales impuestos por la demandada no tenían justificación.

Expresó, que en vigencia de la relación laboral la demandada nunca le canceló la totalidad de su salario, como quiera que solo le reconocía una fracción del mismo, ni los aportes a la seguridad social integral, por lo que tuvo que asumir por su cuenta dicha obligación; que el 11 de octubre de 2017, radicó renuncia motivada la cual fue aceptada el día después; que el día 31 de octubre de 2017, solicitó información a la demandada respecto del pago de sus prestaciones; que el día 7 de diciembre de 2017, la empresa le indicó que la renuncia que ya había aceptado con antelación, incluía situaciones que no obedecían a la realidad; que en esa data procedió a realizar los abonos de nóminas atrasados, y le hicieron entrega de la liquidación de las prestaciones sociales; que el día 16 de mayo de 2018, la Rectoría y Consejo Directivo de la demandada, señaló que no había cumplido con sus deberes contractuales, y que por ese

motivo la institución procedió a deducirle salarios y prestaciones sociales, sin que mediara autorización alguna, y que a la finalización de la relación laboral no le canceló la totalidad de prestaciones sociales y salarios.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 24 de octubre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Archivo n.° 4, pág. 32).

LA CORPORACIÓN ESCUELA DE ARTES Y LETRAS, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En lo que interesa a la alzada, manifestó que no era cierto lo manifestado por la actora de que se establecieron auxilios con póliza de exclusión salarial que excedían el 66% de la retribución de la demandante, pues los auxilios que reconoció la Corporación fueron a título de mera liberalidad, y en los términos que dispone el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, con el único fin de asumir los gastos de alimentación, transporte, y comunicaciones en que incurría el docente investigador, por lo que actuando de buena fe, siempre le reconoce dichos réditos a los investigadores para que puedan desarrollar a cabalidad sus funciones.

Alegó en su favor, las excepciones de prescripción, validez del acuerdo o pacto de exclusión laboral, falta de causa petendi, cobro de lo no debido, terminación del contrato de trabajo por renuncia voluntaria de la trabajadora, buena fe, enriquecimiento sin causa, y compensación (Archivo n.° 5, pág. 1 - 43).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 10 de marzo de 2021, declaró que entre la demandada y la actora existió una relación laboral, que se rigió por varios contratos de trabajo así: desde el 9 de agosto de 2010 hasta diciembre de 2014, bajo la figura de contratos a término fijo, y desde el 10 de febrero de 2015 al 11 de octubre de 2017, bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido; declaró, que en virtud del principio de la realidad, los conceptos de auxilio de transporte, auxilio de alimentación, y auxilio de teléfono devengado por la actora, durante la vigencia del contrato de trabajo, constituyen factor salarial; condenó a la Corporación a pagar los siguientes conceptos: por concepto de diferencia de cesantías, la suma de $3.147.381.2.; por diferencia de intereses a las cesantías, la suma de $211.462.; por concepto de diferencia de prima de servicios, la suma de $2.182.003.4.; por concepto de diferencia de vacaciones compensadas, la suma de $1.821.289.5; por sanción por no consignación de cesantías, la suma de $21.661.855.3; por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la suma de $155.454.23 diarios, a partir del 12 de octubre de 2017, hasta el 11 de octubre de 2019, correspondiente a 720 días de mora, para un total de $111.927.048, y al pago de los intereses moratorios por dicho lapso; declaró que la relación laboral culminó por causas imputables a la empleadora, y la condenó al pago de la indemnización por despido sin justa causa; condenó a la demandada a pagar al Fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante las diferencias en las cotizaciones obligatorias causadas entre el 10 de febrero de 2015, y el 11 de octubre de 2017, por las sumas dejadas de cotizar, esto es, para el año 2015, la diferencia de $.1.082.667, para el 2016, la suma mensual de $1.118.007, y para el 2017, la suma mensual de

$1.363.127; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y denegó las demás pretensiones incoadas en contra de la demandada.

En lo que interesa a la alzada, consideró que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar: ***i)*** si los conceptos de auxilio de transporte, de alimentación y de teléfono, constituían o no pagos salariales, y de ser así, si procedía el pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, y seguridad integral; ***ii)*** si procedía el pago de la sanción por no consignación de cesantías, indemnización por no pago oportuno de intereses a las cesantías, y la sanción moratoria establecida en el artículo 65, ***iii)*** y si la terminación del contrato de trabajo de manera unilateral por parte de la actora, se debió a un despido indirecto, por falta de pago de salarios y prestaciones sociales por parte de la demandada a la trabajadora.

Respecto del primer problema jurídico, indicó que con las pruebas documentales arrimadas al proceso, y con los testimonios practicados se podía concluir que pese a que existió un pacto de exclusión del salario respecto al auxilio de transporte, alimentación, y teléfono, se evidenció que dichos elementos, contrario a lo manifestado por la demandada, si retribuían directamente el servicio de la actora, máxime cuando esta no demostró la destinación específica de cada uno de ellos, ni que estos fueran no remunerativos, por lo que concluyó que los mismos debían tenerse en cuenta en la reliquidación de prestaciones sociales, y en el pago de los aportes a seguridad social.

Sobre el segundo problema jurídico, indicó que las indemnizaciones deprecadas por la actora no eran de aplicación automática, por lo que correspondía analizar si la conducta del empleador demandado, estuvo precedida o no de mala fe. Así,

determinó que como en el caso de autos se probó que la demandada disfrazó conceptos que verdaderamente constituían salario, como factores no salariales, para eludirse del cumplimiento de sus obligaciones, debía ser condenada al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y a la sanción por la no consignación de las cesantías.

Sobre el último problema jurídico, determinó que el despido indirecto, producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna de las causales previstas en el literal b) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual debe serle debidamente comunicada al empleador por el trabajador en la carta de renuncia, y a este último le corresponde acreditar los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, lo que en efecto, ocurrió en el presente caso, con el material probatorio arrimado al proceso, por lo que la demandada debía ser condenada al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación para que fueran las condenas impuestas en su contra.

Señaló, que entre las partes se suscribió junto con el contrato de trabajo, un anexo de fecha de 10 de febrero de 2015, mediante el cual las partes, de manera libre y voluntaria, acordaron un pacto de exclusión salarial, válido totalmente, conforme al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de los cuales se aclaró que no eran para enriquecer a la trabajadora, ni para retribuir su trabajo, ni para incrementar su patrimonio, sino para desarrollar las

actividades que tenía de acuerdo con sus compromisos de investigación.

Señaló, que la a *a quo* actuó con parcialidad, debido a que únicamente tuvo en cuenta lo manifestado por las testigos allegadas por la parte demandante, y no los allegados por la Corporación, los cuales fueron coincidentes en afirmar haber estado en la misma condición de la demandante porque han sido docentes investigadores, y que dichos auxilios son reconocidos en virtud de los trabajos de investigación que tienen a su cargo, los cuales requieren para su desarrollo, de trabajo de campo, de investigación, de acudir a ciertos lugares, y de material para cumplir con los requisitos que exige Colciencias.

Indicó, que ni el reglamento de la institución, ni la ley, ni la jurisprudencia señalan que para que un empleador entregue a sus trabajadores un auxilio que no constituya salario, deba pedirles soportes o hacer seguimiento para comprobar que dicho auxilio cumple con su finalidad, pues lo que únicamente se exige, es que de determinado auxilio las partes hayan dispuesto expresamente que no constituye factor salarial, lo que se demuestra con la firma de la demandante en el referido anexo 1.

Dijo, que de buena fe, le entrega auxilios no salariales a los docentes investigadores para que sean invertidos en la realización de diferentes actividades de investigación, y que en el contrato de trabajo suscrito con la actora, el 10 de febrero de 2015, ello se pactó.

Solicitó, que se declarara válido y ajustado a derecho el pacto de exclusión salarial de auxilios destinados a que los docentes ejerzan a cabalidad su actividad investigativa, en ejercicio de las obligaciones que como institución educativa le corresponde cumplir.

Sobre las sanciones moratorias, indicó que la *a quo* debió valorar su buena fe en el pago de la liquidación de prestaciones sociales a la finalización de la relación laboral, la cual se realizó en su momento con base en el salario debidamente pactado con la trabajadora, teniendo en cuenta que los pactos de exclusión salarial de los auxilios eran totalmente válidos, y no tenían por qué ser reconocidos en la liquidación de prestaciones sociales, pues ellos no estaban destinados a retribuir el trabajo de la demandante, sino a compensar los gastos en que iba incurrir como docente investigadora, pues así se estipuló en el contrato de trabajo como en el anexo 1.° del mismo.

Aseveró, que siempre ha cumplido ha cabalidad con la totalidad de sus obligaciones laborales con la actora, pues le canceló todos los emolumentos a los que tenía derecho, sin que a la fecha se le adeude suma alguna por dicho concepto frente a los pagos de seguridad social por todo el tiempo laborado, junto con los respectivos intereses, y que si alguna vez realizó pagos fuera de término, fue por causas ajenas a ella, que han llevado a la Corporación a presentar problemas financieros.

Sostuvo, que la demandante era quien no cumplía con sus obligaciones laborales, lo que se demostró tanto con la prueba documental como con los testimonios, debido a que no cumplió con los proyectos de acreditación que tuvo a su cargo, ni con los productos de investigación que debió subir a la plataforma de Colciencias.

En cuanto a la indemnización por despido indirecto, manifestó, que con las pruebas arrimadas al proceso, se comprobó que la demandante no cumplió con sus productos de investigación, teniendo en cuenta los parámetros de Colciencias, lo que se demostró con los

múltiples correos allegados por la Secretaría General, en donde se le solicitó a la actora el proyecto que debía presentar para la acreditación del programa de diseño gráfico técnico, con lo que tampoco cumplió, hechos corroborados por la testigo Ana Julia Ríos.

Señaló, que la a quo no tuvo en cuenta lo expuesto por los declarantes traídos al proceso, de que a los docentes investigadores se les hizo un requerimiento para que presentaran sus trabajos de investigación, lo cual deja entrever que la decisión de renuncia de la demandante fue para evadir sus responsabilidades y ausentarse de sus labores, pese a que haya presentado un carta de renuncia motivada aduciendo una serie de hechos como el incumplimiento en los pagos a los que tenía derecho por parte de la institución, respecto de lo cual nunca hubo ninguna queja, por lo que era claro que presentó su renuncia en el momento justo en el que se le estaba requiriendo la presentación del proyecto de acreditación del programa, y los productos de investigación que tenía a su cargo.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandada, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar: ***i)*** si los conceptos de auxilio de transporte, de alimentación y de teléfono, constituyen, o no, pagos salariales ***ii)*** si procede el pago de la sanción por no consignación de cesantías, y de la indemnización

moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ***iii)*** y si la empresa debió ser condenada al pago de la indemnización por despido indirecto.

1.1. De la connotación salarial de los auxilios de transporte, alimentación y teléfono.

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. En este orden, no constituyen salario "*(i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.*" (SL - 5159 de 2018).

Así, para determinar la connotación salarial de cierto emolumento, nuestro máximo órgano de cierre, ha indicado que el criterio conclusivo o de cierre para tal efecto, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido, es decir, si esa ventaja patrimonial recibida por el trabajador se ha constituido como contraprestación o retribución del trabajo (SL - 5159 de 2018). Igualmente, ha aclarado que conceptos como la habitualidad del pago, o la proporcionalidad del mismo respecto al total de los ingresos, constituyen simplemente criterios auxiliares para estudiar si un valor reconocido al trabajador tiene naturaleza retributiva. (SL-692 de 2021).

Ahora bien, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, le concede a las partes la facultad de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, sin que pueda entenderse dicha prerrogativa como una autorización para restar incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio prestados por el trabajador, por lo que no pueden las partes pretender, que a través de un acuerdo, se disponga que deje de ser salario algo que por esencia lo es, independientemente de la denominación que hayan decidido otorgarle, como por ejemplo, un auxilio, bonificación, ayuda, entre otros conceptos.

En este orden, si es de la voluntad de las partes pactar un acuerdo en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el mismo debe ser claro, expreso, preciso y detallado sobre los rubros establecidos en él, *«pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo»* (CSJ SL1798-2018).

Debe decirse también, que el órgano de cierre de esta jurisdicción ha establecido que por regla general los ingresos que reciban los trabajadores constituyen salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, esto es, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, por cuanto el empleador se encuentra en una mejor posición probatoria de acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales. Así, lo indicó la corte en sentencia SL-12220 de 2017, en donde concluyó, lo siguiente: *«[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad*

distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.»

Siguiendo los derroteros jurisprudenciales citados con antelación, corresponde a esta sala determinar si la demandada, logró demostrar que los conceptos de auxilio de transporte, de alimentación y de teléfono, que a su juicio constituyen *"beneficios no salariales"*, tenían una destinación específica distinta a retribuir el servicio prestado por la actora.

Dentro del plenario, no fue objeto de discusión, que el día 10 de febrero de 2015, las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido (Archivo n.° 1, pág. 40-43), en cuya cláusula séptima se pactó lo siguiente:

> *"AUXILIOS Y/O BENEFICIOS. De conformidad con lo prescrito en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, no constituye salario ni factor del mismo las sumas que ocasionalmente y a título de mera liberalidad le otorga el Empleador al Trabajador, como primas, bonificaciones, o gratificaciones ocasionales, beneficios, participación de utilidades, y lo que reciba en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo, patrocinio de estudios y otros semejantes".*

En el anexo n.° 1 del referido contrato, se aclaró sobre la citada cláusula lo siguiente:

> *"Por decisión interna y siguiendo los lineamientos del presente contrato (cláusula séptima "Auxilios y/o Beneficios", parágrafo segundo) EL EMPLEADOR determinó que se pagará al TRABAJADOR, adicionalmente al salario pactado de un auxilio a título de mera liberalidad, por la suma de $1.082.667, los cuales serán distribuidos en auxilios de transporte ($270.667), auxilio de alimentación ($541.333) y auxilio de teléfono y/o celular ($270.667). Dicho auxilio se otorga con el fin de retribuir los gastos en que se incurra durante el desarrollo de sus funciones en relación a movilizaciones, alimentación y comunicaciones".*
>
> *Por tratarse de una decisión interna, dichos auxilios se podrán modificar en cualquier momento y de los cuales se avisara al empleado respectivamente.*

Dichos auxilios no serán considerados como salario en dinero o en especie ni factor del mismo."

Sobre los referidos auxilios, la testigo Blanca Inés Rolón Paz, indicó que los mismos no eran constitutivos de salario, sino que estos eran entregados a los docentes para que realizaran la labor investigaba que les correspondía. Igualmente, manifestó ser ella quien realizó el otrosí consistente en el "Anexo n.° 1" en el que fueron pactados; que estos eran totalmente válidos, y que la universidad siempre obró de buena fe.

Por su parte, la testigo Lisbet Angélica Riveros Vanegas manifestó que al realizar la labor de investigación que le fue asignada jamás hizo uso de los auxilios de transporte, comunicación y alimentación, pues nunca realizó trabajo de campo, ya que la investigación era realizada en la universidad, en un salón o en la sala de profesores, y con la utilización de varias páginas web. Señaló también, que la demandante siempre hacía uso de su teléfono propio como todos los docentes de la universidad, y que para las investigaciones no se requería un pago adicional, ni ninguno de los auxilios.

Al indagársele sobre la forma en que eran pagados los auxilios, afirmó que el "Anexo n.° 1", fue un documento que les hicieron firmar a los docentes en donde se hablaba de esos auxilios; que no les explicaron la metodología de causación de los mismos; que les indicaron que tenían como fin que el valor que les era descontado en salud del salario fuera mas bajo; que siempre les pagaban el salario completo con la inclusión de los auxilios, pues estos eran pagados periódicamente, y que la actora utilizaba esos recursos para sus gastos, y no para algo particular de su docencia o sus clases.

La testigo Claudia Ximena Lagos Moreno, indicó que para realizar la labor investigativa no era necesario desplazarse a otras ciudades pues solo se utilizaban los recursos bibliográficos de la universidad, así como que la misma se realizaba en el horario normal del trabajo. Al preguntársele sobre si estos eran pagados de manera periódica u ocasional por la universidad, afirmó que estaban incluidos en el sueldo que percibían mensualmente, y que hubo un otrosí que todos los docentes tuvieron que firmar, en el que les indicaban que un porcentaje correspondía a su sueldo, y otro a los auxilios, pero que finalmente se trataba de un valor global, pues estos (los auxilios), se encontraban dentro del valor que se les pagaba a los docentes como un sueldo. Igualmente, expresó que no les explicaron el motivo por el cual se escindía el salario de esa forma, y que las prestaciones sociales eran liquidadas sobre una parte nada más, motivo por el cual les hicieron firmar el otrosí.

La testigo Ana Julia Ríos Quiroga, señaló que los docentes que percibían los auxilios de transporte, alimentación y de celular, eran los docentes que firmaban un contrato a término indefinido, sin aclarar si eran únicamente los investigadores; expresó no constarle si esos auxilios eran pagados periódicamente; no recordar si la actora tuvo que realizar desplazamientos para realizar la investigación, y que a todos los docentes investigadores les eran reconocidos los mismos.

Finalmente, la testigo Blanca Inés Rolón Paz, además de señalar que era ella quien realizó el otrosí al contrato de trabajo, manifestó que el auxilio de alimentación, teléfono, y transporte se cancelaba indistintamente, sin tener en cuenta si el docente investigador hizo trabajo de campo o no, así como que los mismos eran pagados mensualmente.

De las anteriores probanzas, se advierte que a pesar de que las partes acordaron que los auxilios de alimentación, transporte, y teléfono no tenía fuerza salarial, dicho pacto es ineficaz, pues es claro que esos conceptos en realidad retribuían el trabajo de la demandante.

Lo anterior, por cuanto con los testimonios de Lisbet Angélica Riveros Vanegas y Claudia Ximena Lagos Moreno, quedó claro que los pagos recibidos por la actora por concepto de estos auxilios constituían una contraprestación directa de la labor desarrollada por ella, pues las mismas fueron claras en indicar que estos dineros jamás fueron empleados en alimentación, teléfono y transporte para desempeñar una labor invesgativa, como lo afirmó la demandada, además de que los mismos eran reconocidos de manera mensual.

La testigo Ana Julia Ríos Quiroga, señaló que los auxilios eran reconocidos a los trabajadores que firmaban un contrato a término indefinido, y que no le constaba si la actora realizó o no trabajo de campo; y la testigo Blanca Inés Rolón Paz afirmó que los mismos eran pagados indistintamente, esto es, sin tener cuenta si los docentes habían desarrollado o no trabajos de campos. Afirmaciones estas, que a juicio de esta sala, desvirtúan la supuesta destinación específica alegada por la empresa sobre los mismos, máxime cuando la empresa no allegó prueba documental alguna que diera cuenta que los auxilios fueron creados para la investigación.

No sobra indicar, que la cuantía de los auxilios de transporte ($270.667); auxilio de alimentación ($541.333), y auxilio de teléfono y/o celular ($541.333), para un total de $1.082.667, resulta un tanto excesiva, máxime cuando no se probó la utilización de los mismos para fines investigativos, lo que corrobora aún más que el pacto

suscrito entre las partes únicamente tenía como fin restarle naturaleza salarial al valor correspondiente a los auxilios.

De manera que, no incurrió en yerro alguno la *a quo,* al concluir que el valor pactado por auxilio de transporte, alimentación y teléfono debía ser tenido en cuenta en la reliquidación de prestaciones sociales, y en el pago de los aportes a seguridad social, al ser más que evidente la incidencia salarial de estos. Así las cosas, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada sobre este tópico.

1.2. De la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y de la sanción por el no pago de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre estas indemnizaciones, ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que las mismas *«no son de aplicación automática sino que es obligación del juez al momento de imponer la sanción allí prevista analizar la conducta del empleador con el fin de determinar si la misma estuvo revestida de buena fe»* (SL - 3288 de 2021). Ello, con el fin de dilucidar si la conducta remisa del empleador de abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización de nexo contractual, se encuentra justificada en motivos serios que, a pesar de no se resultar jurídicamente acertados sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016).

Y en tal sentido, se tiene que en el presente caso no puede predicarse la buena fe de la Corporación Escuela de Artes y Letras, pues es evidente el hecho de que la demandada, intentó disfrazar el carácter retributivo de los auxilios de transporte, alimentación y teléfono que devengaba la actora, otorgándoles esta denominación,

conducta esta que tenía como fin ocultar la realidad de las cosas, motivo por el cual no puede ser considerada de buena fe.

Así entonces, hizo bien la *a quo* al condenar a la demandada al pago de las sanciones moratorias previstas en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y 99 de la Ley 50 de 1990. Por lo que sobre este punto también, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

1.3. Del despido indirecto.

La jurisprudencia, ha adoctrinado que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, así como que los hechos generadores si ocurrieron, y que los mismos fueron comunicados al empleador en la carta de renuncia. En sentencia SL, de 9 de agosto de 2011, rad. 41490, se indicó lo siguiente:

> *«Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272).»*

En el presente caso, se tiene que el día 17 de octubre de 2017, la demandante presentó carta de renuncia motivada, indicando como motivos para tomar dicha determinación, el retraso en el pago de los

salarios correspondiente a los meses de julio, agosto, y septiembre, el retraso en el pago de salud y parafiscales, acoso laboral, falsas acusaciones, entre otras razones (Archivo n.° 1, pág. 52 - 57), y que el día 12 de octubre de la misma anualidad, la demandada aceptó la renuncia presentada por la actora, agradeciéndole los servicios prestados a la institución. (Archivo n.° 1, pág. 52 - 57)

Llama la atención de esta sala, que aún cuando la empresa aceptó la renuncia de la actora de forma amigable, en comunicación posterior, de fecha de 7 de diciembre de 2017 (Archivo n.° 1, pág. 63 - 64), esto es, cuando ya había finalizado el vínculo laboral, le expresó lo siguiente:

> *"De la manera mas atenta me permito responder, su comunicación del 11 de octubre de 2017, mediante la cual presenta renuncia al decir de Ud., motivada. Sin embargo, debo manifestarle que su determinación de renunciar sólo obedeció a su propia y voluntaria decisión, y no a presiones ni a coacciones, ni acosos a los cuales hace alusión sin fundamento alguno.*
>
> *Evidentemente como Directora de los programas Técnico y Profesional de diseño gráfico que son insignia de la Institución, Ud., no participó en los procesos de autoevaluación y autorregulación, necesarios para presentar la solicitud de acreditación de alta calidad ante el MEN del programa técnico, igualmente, se le solicitaron los informes de gestión en referencia a su compromiso dentro de los términos contractuales, los cuales debía entregar de forma efectiva, no obstante, no lo hizo y ese motivo lo arguye como acoso, contrariamente rebate la argumentación expuesta por Ud. Hasta la fecha de hoy 07 de diciembre de 2017, no se evidencia información alguna de su producción investigativa correspondiente al 2017 - 2 concluyendo así que no cumplió con los compromisos contractuales de investigación, de igual manera no entregó el informe final acordado para el día 15 de noviembre de 2017 ante el Sistema de Investigaciones SIDEAL."*

Igualmente, se observa que después de que la actora presentó la renuncia y la empresa la aceptó sin reparo alguno, fue cuando inició a indagar sobre la actividad investigativa de esta, pues se tiene que el 29 de enero de 2018 (Archivo n.° 9, pág. 26 - 27), la Directora de Sistema de investigaciones de la EAL - SIDEAL-, señora Liliana Sofía Palma H., le allegó al rector el informe de gestión de la

investigación de la demandante, y que el día 15 de enero de 2020, la Directora ratificó lo informado el 29 de enero de 2018 (Archivo n.° 9, pág. 25). También, obra dentro del plenario un documento titulado *"Informe de Inconformidades Relacionadas con la Docente Claudia Molina"*, de fecha de 9 de noviembre de 2017 (Archivo n.° 9, pág. 19 - 20), en donde obran varias de las quejas presentadas por los estudiantes en el año 2016.

No es claro para esta sala, el motivo por el cual si la demandada tenía inconformidades con la labor desempeñada por la actora, tanto como docente e investigadora, no indagó sobre ello en vigencia del vínculo contractual, teniendo en cuenta las quejas presentadas por los estudiantes en los años 2016 y 2017, y las observaciones realizadas al proceso de investigación de esta, vía correo electrónico, por la señora Ana Julia Ríos Quiroga, testigo en este proceso, entre el 2 de junio de 2017 y el 18 de julio de 2017 (Archivo n.° 9, pág. 9 - 17), así como la razón por la que solo hasta el 7 de diciembre de 2017, le puso de presente a la actora el incumplimiento en la labor investigativa que le fue asignada, por lo que no es de recibo el argumento del recurrente de que la actora renunció para evadir sus responsabilidades laborales, y ausentarse de sus labores.

Aunado a lo anterior, con las pruebas arrimadas al proceso, la demandante logró demostrar el motivo que generó el despido indirecto, pues las testigos Lisbet Angélica Riveros Vanegas y Claudia Ximena Lagos Moreno, expresaron que la demandada cancelaba tardíamente los salarios, y les indicaba que ello era así por culpa del ICETEX, lo que también fue corroborado por la testigo Blanca Inés Rolón Paz, al indicar que la universidad pagaba con atraso los salarios por culpa de la entidad mencionada.

También, con los comprobantes de nómina allegados al proceso, se observa que el salario correspondiente al mes de junio de 2017, le fue cancelado a la demandante solo hasta el 4 de octubre de 2017 (Archivo n.° 3, pág. 26), y la nómina de los meses de agosto y septiembre de la misma anualidad, fue cancelada el día 7 de diciembre de 2017 (Archivo n.° 3, pág. 27 - 28).

De las pruebas enunciadas, se desprende que efectivamente la demandada incurrió en el incumplimiento del pago de salarios de la actora de forma regular, periódica y continúa, esto es, por casi 4 meses. Por ende, al haberse presentado un incumplimiento sistemático por parte de la demandada en cuanto al pago de no salarios, considera esta sala que debe **confirmarse** la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido indirecto de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

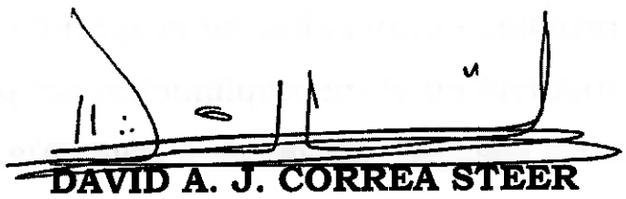
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código

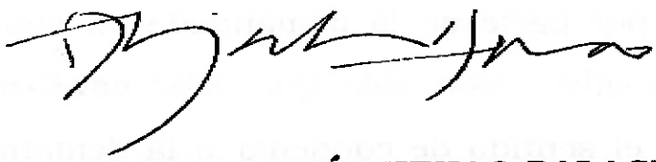
Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

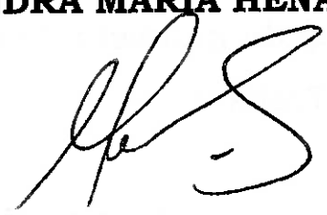
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA