



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** ESPERANZA CHAVES BOTERO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 005 2020 00453 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

### **SENTENCIA**

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se reconozca y pague la pensión de invalidez dando aplicación al principio de “la condición más beneficiosa” y, en consecuencia, se reconozca dicha prestación desde la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, desde la última cotización al sistema, por reunir los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993 en su versión original y en el Decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso y las agencia en derecho. (f.º 5 archivo 001)

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 17 de marzo de 1963 y se afilió al otrora ISS el día 22 de octubre del año 1984 donde cotizó para los riegos de I.V.M más de 725 semanas; que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ, le calificó una pérdida de capacidad laboral del 51.32% de origen común, con fecha de estructuración 25 de julio de 2018; refirió que antes de la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, cotizó más de 300 semanas; que el 20 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 198125 del 16 de septiembre de 2020 negó el reconocimiento y pago de la misma, bajo el argumento que no contaba con 50 semanas de cotización durante los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral; señaló que contra esa decisión interpuso el recurso de reposición, mismo que fue resuelto a través de la Resolución SUB 221685 del 20 de octubre de 2020, donde se confirmó la negativa pensional. (f.º 4 archivo 001)

**COLPENSIONES** al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, al considerar que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por cuanto la demandante no acredita la densidad de semanas puesto que su última cotización se reporta con anterioridad a la fecha de estructuración, esto es, agosto de 2008, por lo que evidentemente no cumple con cotizaciones en los últimos 3 años a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, puesto que para el periodo 25 de julio de 2016 al 25 de julio de 2018, no existe reporte alguno de semanas de cotización efectuadas por la demandante, incumpliendo de esta manera con la condición mencionada en el artículo anterior, razón más que suficiente para no acceder al petitum del escrito de demanda.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó como inexistencia del derecho reclamado, falta de causa para pedir, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios e indexación, buena fe de Colpensiones, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la genérica y compensación (f.º 57-63 archivo 001)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia adiada el 24 de noviembre de 2021, condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la señora ESPERANZA CHAVÉS BOTERO una pensión de invalidez a partir del día 25 de julio de 2018 junto con los reajustes legales, mesada trece adicional,

la cual será debidamente indexada; autorizó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a descontar de esta prestación los aportes al sistema de seguridad social en salud, absolvió a la demandada de las demás pretensiones, sin costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con sustento en que se deben reconocer los intereses moratorios, al paso que el apoderado de la encartada solicitó la revocatoria de la sentencia como quiera que no era dable que se estudiara la pensión de invalidez con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, si se tiene en cuenta que la fecha de estructuración se consolidó cuando estaba en vigencia la ley 860 de 2003.

### **ALEGACIONES**

Presentó escrito de alegaciones el apoderado de COLPENSIONES.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por acreditar la densidad de semanas exigidas en la ley para ese efecto.

En caso afirmativo, se analizará si procede el pago de los intereses moratorios.

### **Elementos de prueba relevantes**

#### **Archivo 001**

- A folio 15, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 17 de marzo de 1963.
- A folio 19-24, dictamen de pérdida de capacidad laboral que informa que la actora cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 51.32% con fecha de estructuración el 25 de julio de 2018.
- A folios 26-36 y 44-47, resoluciones SUB 198125 del 16 de septiembre de 2020 y SUB 221685 del 20 de octubre de 2020, a través de las cuales Colpensiones niega la pensión de invalidez a la demandante
- A folios 89-95 historial laboral de la actora en la que se registra un total de 725.71 semanas cotizadas y como último aporte el realizado para el mes de agosto de 2008.

- Expediente administrativo.

### **Caso Concreto**

De los documentos que obran en el expediente se encuentra acreditado que: la Junta Regional de Calificación de Invalidez dictaminó a la demandante una pérdida de la capacidad laboral del 51.32%, con fecha de estructuración 25 de julio de 2018 (f°.19-24 archivo 001); y, que la señora Chaves Botero cotizó un total de 725.71 semanas durante toda su vida laboral, siendo su última cotización la correspondiente al ciclo de agosto de 2008.

Para decidir el problema jurídico se tiene en cuenta que la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la cual señala como requisito en tratándose de pensión de invalidez de origen común haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; respecto de esta fecha, el dictamen médico indica que la pérdida de capacidad laboral se estructuró el 25 de julio de 2018.

De los elementos de prueba, se concluye que la demandante no acredita 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, como se corrobora con la historia laboral que milita en el expediente a folio 89 a 95 archivo 001, donde se evidencia que durante ese interregno cotizó 0 semanas y, en consecuencia, se colige que no causó el derecho bajo la normativa aplicable.

De otro lado, y para resolver el recurso de alzada formulado por Colpensiones, se comienza por recordar que en materia de pensión de invalidez y de sobrevivientes, no se encuentra consagrado en norma alguna el régimen de transición y, por ello, se ha acogido el principio de la condición más beneficiosa, pero para su aplicación la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha señalado que en esos casos la norma aplicable es la inmediatamente anterior, por lo que desde ya, se advierte la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en la medida que el Acuerdo 049 de 1990 del cual se predica la aplicación no es la inmediatamente anterior a la Ley 860 de 2003 que es la norma que regula en caso bajo análisis, dado que la fecha de estructuración fue el 25 de julio de 2018.

Precedente que ha sido expuesto de manera reiterada, entre otras, en las sentencias SL468-2022 que reiteró las sentencias SL1938-2020, SL5070-2020, CSJ SL4987-2019, y SL8305-2017 y la sentencia SL 5657 -2021.

En la primera de ellas se explicó que:

*(...)Pues bien, desde ya debe puntualizar la Sala, que la razón está de parte de la acusación, en armonía con lo que jurisprudencialmente se ha sostenido por esta Corporación sobre el asunto que se controvierte, pues se ha dicho que en tratándose del reconocimiento de la pensión de invalidez, la norma que gobierna el asunto, es aquella que se encuentre vigente al momento de la estructuración de la invalidez, que para el caso es el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, en consideración a que dicho estado se consolidó el 8 de enero de 2013.*

*En ese orden, como la accionante no acreditó tener cotizadas las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de materialización de su invalidez, no había lugar al reconocimiento de la prestación deprecada.*

*Ahora bien, en cuanto a que la prestación pensional del asunto controvertido, según lo estimó el Tribunal, pueda ser regulada por el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobada por el Decreto 758 de la misma anualidad, en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, debe resaltarse, que resulta evidente el yerro jurídico en que incurre al adoptar tal concepción, por cuanto así mismo se ha adoctrinado por la Sala, que tal disposición no es la llamada a regir el caso bajo análisis, en la medida en que con posterioridad a dicha normativa, se expidió el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual a su vez fue subrogado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, razón por la que la situación descrita no podría regularse por tal postulado, pues bajo el criterio actual de esta Corporación, no es dable al operador judicial realizar un salto normativo y hacer un recuento histórico de las leyes que rigen tal situación, para determinar cuál es la norma más favorable al asegurado. (...)*

Dilucidado lo anterior, se establece que la norma que podría aplicarse por vía de la condición más beneficiosa, es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sin que bajo esta normatividad la demandante cumpla con los presupuestos jurisprudenciales para su aplicación, dado que el siniestro de la invalidez no ocurrió dentro de los tres años posteriores a la expedición de la Ley 860 de 2003, porque recuérdese la fecha de estructuración fue en julio de 2018. (SL 396 de 2019, radicación 62792, que reitera el contenido de la sentencia SL2358-2017).

En otro giro, respecto de la aplicación de los criterios esbozados por la Corte Constitucional y que fueron el sustento de la sentencia de primera instancia, se hacen las siguientes precisiones:

i) La Sala no desconoce las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, no obstante, de vieja data decidió acoger la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, contenida en las entre otras en las sentencias ya referenciadas, donde se enseña que para aplicar la condición más beneficiosa se debe aplicar la norma inmediatamente anterior.

ii) No puede olvidarse que uno de los fines primordiales del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, luego dicho tribunal es el que traza los derroteros sobre la interpretación de la ley, de manera tal que los jueces al proferir sus decisiones deberán apoyarse en el precedente vertical.

iii) La Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, numeral 19 señaló (...) *La Corte ha reconocido previamente que la responsabilidad que les compete a los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial es aún mayor, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Ver Sentencia T-123/95 (...)*

iii) La sentencia C-621 de 2015, trajo a colación lo enseñado en la sentencia C-836 del 2001, referente a la doctrina probable donde se explicó: (...) *En la sentencia: “La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”*

*En la referida sentencia, la Corte Constitucional procuró darle a la doctrina probable un valor jurídico explícito, fundamentando para ello su fuerza normativa en “el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.”*

*Para la Corte, el derecho a la igualdad ante la Ley e igualdad de trato por parte de las autoridades obliga especialmente a los jueces y supone que:*

*Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.*

*En razón de ello, la Corte no solo reconoce la constitucionalidad de la doctrina probable de la Corte Suprema, sino que fortalece su rigurosidad, exigiendo que el apartamiento de la misma por parte de los jueces de instancia, no sea caprichoso, sino que requiere una justificación de acuerdo con la seguridad jurídica, en concordancia con los principios de la buena fe y la igualdad frente a la ley.*

iv) Reconocer la pensión de invalidez en estas condiciones, desconocería lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, que dispone (...) *Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones (...) y la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad, por lo que no es procedente recurrir a la aplicación de la mencionada regla orientadora de forma ilimitada o de cualquier norma legal que haya regulado la materia en algún momento pretérito.*

v) La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL468-2022, recordó las razones por las cuales se apartó de la postura esgrimida por la Corte Constitucional así:

*(...) Por último, se estima necesario agregar, que esta Corporación como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en la especialidad laboral, se ha apartado de la postura que la Corte Constitucional adoptó en relación a los efectos plus ultractivos otorgados al principio de la condición más beneficiosa en la sentencia CC SU-442 de 2016, al considerar que la misma “afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general”; además de desconocer “que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro” (CSJ SL1689-2017). (...)*

Además de lo anterior, en este caso tampoco se aduce que la actora padezca patologías de tipo degenerativo, como para dar aplicación a lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3275-2019.

Así las cosas, se concluye que la demandante no cumple con el requisito de la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003 y tampoco le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, en consecuencia, se revocará la decisión de primer grado.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala se releva de estudiar el recurso de apelación presentado por la parte actora, relacionado con la absolución por concepto de intereses moratorios.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las súplicas de la demanda, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CLAUDIO NELSON RODRÍGUEZ BELTRÁN

**DEMANDADO:** AFP COLFONDOS S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 015 2020 00047 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer la devolución de saldos en los términos del art. 66 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios, o en subsidio la indexación. Además, se condene al pago de costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (fl.3)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 1 de julio de 1963, cuenta con 303 semanas cotizadas al régimen de prima media, 821 semanas cotizadas en el RAIS. El capital acumulado en su cuenta de ahorro individual no le permite financiar ni siquiera una pensión equivalente a un salario mínimo, tampoco le permite obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo pues no cuenta con el rendimiento necesario. El

actor se encuentra en la imposibilidad de seguir efectuando cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones. (fl.2)

**COLFONDOS S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo el argumento que a la fecha acredita un total de 1150.71 semanas, lo que no le permite renunciar a su derecho a la seguridad social.

Propuso excepciones de fondo que denominó prescripción, compensación y pago, buena fe de la entidad demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva, incompatibilidad entre los intereses moratorios y la indexación, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fl.25)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de enero de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación e inexigibilidad y condenó en costas a la parte actora, fijando como agencias en derecho lo correspondiente a un salario mínimo mensual vigente para el año 2022. (fl.107).

### **APELACIÓN**

**DEMANDANTE:** i) el demandante no tiene recursos para sufragar sus gastos del mínimo vital, por ello solicita se “baje” la condena en costas por cuanto es mucho dinero para una persona que no tiene trabajo ni cómo sufragar sus gastos.

### **ALEGACIONES**

El apoderado de la parte demandada presenta escrito de alegaciones.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si procede la modificación del monto fijado por el juez a quo respecto a las agencias en derecho.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Fundamentos fácticos relevantes**

- A folio 6, saldo de la cuenta individual del actor.

- A folio 7, historia laboral en COLFONDOS.
- A folio 10, extracto de pensión obligatoria.
- A folio 15, registro civil de nacimiento.
- A folio 16, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 1 de julio de 1963.
- A folio 17, derecho de petición elevado por el demandante en septiembre de 2019.
- A folio 70, respuesta de fecha octubre de 2019 a derecho de petición.
- A folio 71, detalle de semanas actualizado a 24 de junio de 2021.

### **Caso concreto**

En el presente asunto solicita la parte demandante se ordene a COLFONDOS la devolución de saldos, en la medida que cuenta con 821 semanas y se encuentra en imposibilidad de continuar cotizando al Sistema.

Al contestar la demanda COLFONDOS señaló que no era posible efectuar la devolución de saldos al señor Claudio Rodríguez, debido a que contaba con 1150,71 semanas, motivo por el que conforme a lo señalado en el art. 65 de la Ley 100 de 1993, al llegar a la edad de 62 años el actor podía tener derecho a la garantía de pensión mínima de vejez.

Por su parte, el juez a quo absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que además de ser acertada la fundamentación de COLFONDOS pues el actor contaba con más de 1150 semanas, no cumplía con los requisitos de edad y no semanas dispuestos en el art. 66 de la Ley 100 de 1993 para obtener la devolución de saldos pretendida; decisión que se confirmaría en esta instancia al no acreditarse los requisitos para la devolución de saldos señalados en la norma antes mencionada.

Apela la decisión la apoderada del demandante, únicamente en lo relacionado con el monto de las costas, y se entiende que se refiere a las agencias en derecho fijadas por el juez de primera instancia al emitir la sentencia de primera instancia, lo cual se colige del argumento expuesto sobre que las mismas debían disminuirse por cuanto el actor no tenía para solventar sus gastos.

En esa dirección pertinente resulta traer a colación lo establecido en el numeral 5 del art. 366 del C.G.P. que señala:

*“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas...”*

Así las cosas, debido a que aún no se ha emitido el auto que apruebe la liquidación de costas, no resulta oportuno resolver el recurso de apelación sobre ese tópico porque se considera es extemporáneo el mismo.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 24 de enero de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** BLANCA TERESA PULIDO ALFONSO

**DEMANDADO:** COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

**RADICADO:** 11001 31 05 017 2017 00782 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 1 de febrero de 2022 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en su condición de cónyuge a partir del 27 de enero de 2017, junto con las mesadas adicionales, los incrementos anuales, intereses, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho (f.º 26)

Como sustentó de sus pretensiones, indicó que contrajo matrimonio con el señor Daniel Gerardo Guiza Pirazan el 2 de noviembre de 2013; que antes de contraer nupcias había comenzado una convivencia compartiendo lecho, techo y mesa desde el mes de febrero de 2011, como compañeros permanentes; que su cónyuge falleció el 27 de diciembre de 2016; que COLFONDOS mediante comunicación BP-R-I-L-17372-08-17 determinó que

aun cuando el afiliado cumplía con las semanas para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, no había lugar a reconocer la prestación al no tenerse certeza sobre el requisito de convivencia, por lo que dejó en suspenso el 50% de la mesada pensional, reconociendo el 50% a los hijos del afiliado; agregó que la madre del causante nunca la aceptó como su esposa y siempre se interpuso en su relación (f.º 26- 27)

La demandada en el escrito de contestación manifestó que corresponde al juez determinar si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivencia.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción. (f.º 101 -108)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 1 de febrero de 2022, declaró que la señora BLANCA TERESA PULIDO ALFONSO, en calidad de cónyuge supérstite, tiene derecho al reconocimiento y pago en forma vitalicia de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Daniel Gerardo Guiza Pirazán, a partir del 27 de diciembre de 2016, en proporción del 50%, y en cuantía inicial de \$344.727, junto con los reajustes anuales y la mesada adicional de diciembre; valor que deberá ser acrecido en un 100%, cuando los hijos del causante dejen de acreditar los requisitos para ser beneficiarios de la prestación pensional; condenó a COLFONDOS S.A., a reconocer y pagar a la señora PULIDO ALFONSO, la suma de \$27'402.083, por mesadas causadas entre el 27 de diciembre de 2016 y el 31 de enero de 2022; y a partir de febrero de 2022, deberá pagar una mesada de \$500.000 M/Cte., mensuales y en adelante junto con los reajustes legales y la mesada adicional que se cause; autorizó a la demandada a descontar de los valores reconocidos a la demandante a título de mesadas pensionales, el valor de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, en la proporción que en derecho corresponda; condenó a la demandada a pagar a la demandante los intereses de mora a partir del 21 de mayo de 2017, aplicando la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago, intereses que deberán ser aplicados a cada una de las mesadas causadas a favor de la demandante.

### **RECURSO DE APELACION**

La apoderada de la parte demandada dentro de la oportunidad procesal recurrió la sentencia primigenia con sustento en: i) la demandante no

acreditó los supuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes, ii) el A-Quo realizó una indebida valoración probatoria y iii) no procede la condena por concepto de intereses moratorios.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si la demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Daniel Gerardo Guiza Pirazan (q.e.p.d)

En caso afirmativo, se revisará si hay lugar o no, al reconocimiento de intereses moratorios.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Pruebas relevantes:**

- A folio 4-7 comunicación por medio de la cual Colfondos niega la pensión de sobreviviente a la demandante.
- A folio 8, registro civil de matrimonio que da cuenta que la pareja contrajo nupcias el 2 de noviembre de 2013.
- A folio 9, registro civil de defunción en el que se observa que el deceso del afiliado acaeció el 27 de diciembre de 2016.
- A folios 10-13, declaraciones extra juico rendidas por Luz Mery Perilla Rodríguez, Luz Adriana Rodríguez Bolívar, Genni Paola Huertas y Jaime Enrique Ramírez Soto.
- A folios 21, declaración juramentada de la pareja realizada el 25 de octubre de 2013 en la que se indica que desde a tres años conviven en unión libre.
- A folio 22, carne de Famisanar en el que se aprecia que la demandante es beneficiaria del afiliado.
- A folio 24, misiva adiada el 19 de enero de 2016, por medio de la cual el señor Daniel Gerardo Guiza Pirazan solicita nuevo subsidio familiar por nuevo vínculo familiar.
- A folios 141, 151 a 154, comunicaciones de Seguros Bolívar a través de las cuales manifiesta que no atenderá favorablemente la reclamación al no existir certeza frente al requisito de convivencia.
- A folio 197-205 formato para verificar convivencia.
- Interrogatorio a la demandante.
- Testimonios de Marlene Delgado Millares, Emilio López Camelo y Luz Mary Rendón.

#### **Caso concreto**

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el afiliado falleció el 27 de diciembre de 2016 (f.º 9), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003.

Se tiene entonces, que el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Daniel Gerardo Guiza Hernández se encontraba afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de COLFONDOS; que contrajo nupcias con la demandante el 2 de noviembre de 2013; y que falleció el 27 de diciembre de 2016, por lo que la controversia en un primer momento se circunscribe a determinar si la señora Blanca Teresa Pulido Alfonso en su condición de cónyuge supérstite tiene derecho al reconocimiento de la pensión.

En esa medida, tenemos que como prueba documental se trajo al expediente lo siguiente:

El registro civil de matrimonio del que se constata que la pareja celebró vínculo matrimonial el día 2 de noviembre de 2013 sin que se observe o se tenga noticia que se haya efectuado liquidación de la sociedad conyugal o se haya efectuado la cesación de los efectos matrimoniales, no obstante, dicha documental no acredita *per se* el requisito de convivencia analizado. (f.º 8)

También reposa la comunicación adiada el 17 de agosto de 2017, a través de la cual COLFONDOS niega la pensión a la demandante por no existir certeza respecto del requisito de convivencia. (f.º4-7)

La señora Luz Mery Perilla De Rodríguez y Luz Adriana Rodríguez Bolívar, en sus *declaraciones extra juicio* manifiestan que conocen al afiliado, y que por ese conocimiento saben que convivió bajo el mismo techo con su compañera permanente durante 3 años, con quien contrajo nupcias el 2 de noviembre de 2013 y con quien convivió hasta el 27 de diciembre de 2016, calenda en la que falleció en un accidente de tránsito, no obstante, de esta instrumental no es posible determinar con certeza desde que momento comenzó la convivencia de la pareja, así como tampoco ofrecen suficiente ilustración en la forma en que se desarrolló la convivencia de la pareja en los últimos días de vida del causante. (f.º 10 )

Las *declaraciones extra juicio* de Genni Paola Huertas y Jaime Enrique Ramírez Soto no cuentan con suficiente fuerza probatoria para acreditar la tesis de la parte actora, en la medida que su conocimiento proviene de lo que les contó el afiliado, si se tiene en cuenta que en dicha oportunidad señalaron que “(...) *por comentarios del causante sabemos que (...)*” contrajo matrimonio con la demandante con quien compartió lecho y techo hasta el día de su fallecimiento. (f.º 11-12)

Obra a folio 21 del expediente digital, declaración extra juicio de fecha 25 de octubre de 2013 en la que la pareja dejó constancia que desde hace 3 años convivía en unión libre.

A folio 22, se aprecia el carné Famisanar donde se aprecia que la demandante registra como beneficiaria de su cónyuge.

A folio 24, misiva adiada el 19 de enero de 2016, por medio de la cual el señor Daniel Gerardo Guiza Pirazan solicita un subsidio familiar por “nuevo vínculo familiar”.

Obra, igualmente, a folio 197 a 205 el formato para verificar convivencia realizado por Seguros Bolívar, en el que la demandante dejó consignadas las siguientes anotaciones:

- Que convivió con el afiliado desde febrero de 2011 hasta noviembre de 2013, en unión libre, y desde el 2 de noviembre de 2013 hasta el 17 de octubre de 2016, como cónyuges.
- Que tuvo una discusión con su esposo por motivos de infidelidad, razón por la cual Daniel el 17 de octubre de 2016 se fue a vivir a la casa de la mamá.
- Que el afiliado permaneció hospitalizado durante un mes, antes de fallecer el 27 de diciembre de 2016.
- Que durante el tiempo que estuvieron separados se comunicaron telefónicamente en varias oportunidades, sin embargo, **“no nos visitábamos ni sostuvimos ningún tipo de Relación sentimental”** (sic) Lo resaltado de la Sala.
- Que solamente visitó a su esposo en la clínica una sola vez, porque no quería tener inconvenientes con la familia de él, ni con las otras señoras que también afirmaron ser las esposas aquel.

En otro giro, la demandante, en su *interrogatorio de parte*, indicó que tuvo un problema de infidelidad con su esposo, y por esa razón le dijo que se fuera, pero a pesar de eso, seguían hablando telefónicamente para tratar de solucionar ese problema; agregó que Daniel se fue a vivir donde la mamá y que ella no tenía buena relación con su suegra; indicó que visitó dos veces a su esposo en el hospital porque la familia del afiliado no le permitía entrar;

finalmente, precisó que se enteró de la existencia de la señora María Isabel Herrera hasta el día del accidente de Daniel.

Ahora bien, se recibieron los testimonios de *Marlene Delgado Millares* quien señaló que conoce a la demandante desde aproximadamente el año 2014 y de manera más personal en el año 2015 porque fueron vecinos; dijo que la señora Blanca vivía con su esposo Daniel, pero con él solo se saludaba; informó que se enteró del fallecimiento del afiliado por redes sociales, que la señora Blanca le informó que su esposo había tenido un accidente y que antes de ese suceso, estaba viviendo en casa de la mamá porque habían tenido una discusión de pareja; aseguró que la demandante estuvo pendiente de su esposo cuando sufrió el accidente, pero tanto ella como Blanca se enteraron del fallecimiento días después.

También se escuchó a *Luz Mary Rendón y Emilio López Camelo*, no obstante, sus dichos no ofrecen mayor ilustración a la Sala, por no constarles de primera mano las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrolló la convivencia de la pareja, dado que la mayor parte de su conocimiento proviene de lo informado por la actora, sin embargo, debe resaltarse que dichos testigos afirmaron que la señora Pulido Alfonso se enteró días después que su esposo había fallecido.

Así las cosas y de lo relacionado en precedencia se puede establecer que la demandante si bien acreditó la calidad de cónyuge supérstite del señor Daniel Gerardo Guiza Pirazan, dicha situación no resulta suficiente para que la misma sea beneficiaria de la prestación de sobrevivientes como quiera que la Sala encontró probado lo siguiente:

- i) Que la convivencia de la pareja *no estaba vigente* para el momento de la muerte del afiliado, en razón a que la demandante y su cónyuge se separaron por lo menos 1 mes y 8 días antes de que este sufriera el accidente que desencadenó su deceso; sin que, en ese interregno, ni en tiempo que el señor Guiza permaneció hospitalizado, la gestora tuviera contacto con aquel.

Si bien no se desconoce que la Corte Suprema en sentencia SL4525-2019 que reiteró las sentencias SL14237-2015, SL6519-2017, SL1399-2018, rad. 45779, enseñó que los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia, es de anotar que en este caso no se cumplen dichos derroteros, en la medida que fue la misma actora quien en la investigación que adelantara Seguros Bolívar afirmó que *“no nos visitábamos ni sostuvimos ningún tipo de relación sentimental”* al paso que también indicó que solo visitó a su esposo en la clínica

una sola vez, lo que lleva a la Sala a concluir que los lazos afectivos no se encontraban vigentes.

- ii) No se logró demostrar en el curso del proceso las obligaciones generadas por el vínculo jurídico del matrimonio; en los términos del artículo 176 del Código Civil, esto es, el cumplimiento de las obligaciones a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida entre el cónyuge y la causante, tal y como dispone la jurisprudencia, ejemplo de ello, la SL12886-2017, Radicación n.º 52758 del 23 de agosto de 2017, como quiera que la actora no estuvo presente, ni durante la hospitalización, ni al momento del fallecimiento de su esposo.

Ello es así, en razón a que la demandante confesó que en una ocasión visitó a su esposo en la clínica, con el agravante de que solamente tuvo conocimiento del deceso de aquel, días después de ese lamentable hecho, lo que permite colegir no solo que el vínculo familiar se encontraba resquebrajado, sino también la ruptura de la convivencia de la pareja, dada la ausencia de los lazos afectivos.

En este punto cabe precisar que, aun cuando se ventiló que la señora Pulido Alfonso no tenía buena relación con la madre del causante, y que se le impidió visitar a su cónyuge en el lugar donde estaba hospitalizado, es de anotar, que esas afirmaciones no lograron ser acreditadas en el curso de la primera instancia.

- iii) Con todo, vale la pena aclarar, que la pensión de sobrevivientes tiene como objeto suplir las necesidades del núcleo familiar, sin que en este caso se logre advertir como el deceso del señor Guiza hubiese afectado las condiciones socio económicas de la actora.
- iv) Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en el expediente también reposan declaraciones extra juicio en las que se asegura que el causante sostenía otra relación sentimental, por lo menos desde diciembre 2015, con la señora María Isabel Herrera García (f.º 207-2015), lo que sumado al documento que suscribiera el afiliado el 19 de enero de 2016, a través del cual solicitaba a la Caja de Compensación – Cafam, un nuevo subsidio familiar, por “*un nuevo vínculo familiar*” (f.º 24), genera un manto de duda sobre la permanencia del vínculo matrimonial entre la pareja.

En ese orden de ideas, se considera que la decisión de primera instancia debe revocarse, en razón a que la señora Blanca Teresa Pulido Alfonso no

acreditó los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Dadas las anteriores consideraciones y por sustracción de materia, la Sala se abstiene de revisar el segundo problema jurídico relacionado con la imposición o no de intereses moratorios.

**COSTAS** no se impondrán en esta instancia por el resultado del recurso de apelación, las de primera instancia a cargo de la demandante.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida la sentencia proferida el 1 de febrero de 2022 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, de todas las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** MARIA ELISA SEGURA MORENO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 021 2019 00733 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

## **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente MANUEL ANTONIO MONTAÑO BALLEEN; para que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 6 de marzo de 2014, junto con la indexación, los intereses moratorios, las costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (f.º 2-3 y 52-53)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que convivió con el señor Manuel Antonio Montaña Ballén en unión libre desde diciembre de 1962 hasta el 9 de marzo de 1983 cuando falleció; de dicha unión nacieron 5 hijos, quienes en la actualidad son mayores de edad; indicó que con ocasión del fallecimiento de su compañero, el otrora ISS mediante

resolución n.º 3082 del 5 de abril de 1984 reconoció y ordenó el pago en un 100% de la pensión de sobreviviente a la señora María del Carmen Penagos de Montaña; decisión que posteriormente fue modificada a través de la resolución n.º 7254 de noviembre de 1995, en el sentido de distribuir la pensión de sobrevivientes entre la cónyuge y los dos menores hijos del señor Montaña, Juan Antonio y Jhon Elvis Montaña Segura, representados por la demandante; afirmó que el 6 de marzo de 2017, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición que fue negada con la resolución SUB 44360 del 25 de abril de 2017 y contra la cual se presentó recurso de apelación, con sustento en que desconocía sus derechos, mismo que fue resuelto mediante resolución DIR 7070 del 12 de junio de 2017.(f.º 3-6 y 53-55)

Colpensiones al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que el derecho ya fue otorgado mediante resoluciones n.º. 3082 de 5 de abril de 1984 y 7254 de noviembre de 1985 a MARIA DEL CARMEN PENAGOS DE MONTAÑO, en un 50% y a JUAN ANTONIO MONTAÑO SEGURA en un 25% Y JHON ELVIS MONTAÑO SEGURA en un 25%, frente a la cual se surtieron los respectivos edictos, acto administrativo que se encuentra en firme desde hace 36 años, razón por la cual no se podrá hacer un doble reconocimiento y pago de las mesadas que ya se causaron y pagaron.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la genérica. (cd f.º74)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de enero de 2022, absolvió a la entidad demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación con sustento en que la sentencia de primera instancia desconoce el precedente de la Corte Constitucional plasmado en la sentencia SU -574 de 2019, sumado a que en el proceso está probado que la demandante acredita los requisitos para hacerse merecedora de la pensión de sobrevivientes

## **ALEGACIONES**

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Establecer si la actora cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente, teniendo en cuenta que el causante falleció el 7 de mayo de 1983 y para esa fecha contaba con vínculo matrimonial vigente con otra persona.

### **Elementos de prueba relevantes**

- A folio 21-24, reposan los registros civiles de nacimiento de los hijos de la pareja Montaña Segura.
- A folio 25-28, declaraciones extra juicio rendidas por la demandante, María Rosbelinda Rubiano de Capador, María del Carmen Rodríguez de Rodríguez.
- A folios 29, resolución 03082 del 5 de abril de 1984 por medio de la cual el otrora ISS reconoce una pensión de sobreviviente a la cónyuge del afiliado, señora María del Carmen Penagos de Montaña.
- A folios 32-33, resolución 07254 de 8 de noviembre de 1985 a través de la cual se incluyen nuevos beneficiarios de la pensión de sobreviviente a los menores Juan Antonio y Jhon Elvis Montaña Segura, hijos de la demandante y el fallecido.
- A folios 38-40, resolución SUB 44360 del 25 de abril de 2017, mediante la cual se niega la pensión de sobrevivientes a la demandante.
- A folio 43-45, resolución DIR 7070 del 1 de junio de 2017 en la que Colpensiones resuelve el recurso de apelación y confirma la negativa pensional.

### **Cd folio 80**

- A folio 68, registro civil de defunción que da cuenta que el afiliado falleció el 7 de mayo de 1983.
- A folio 69, registro civil de matrimonio del señor Manual Antonio con la señora María del Carmen Penagos.
- Interrogatorio de parte a la demandante.
- Testimonios de María Rosbelinda Rubiano de Capador y María del Carmen Rodríguez de Rodríguez.

### **Caso concreto:**

En el presente caso está por fuera de debate que i) el señor Manuel Antonio Montaña Ballen se encontraba afiliado al otrora ISS; ii) que falleció el 7 de mayo de 1983; iii) que el Instituto mediante resolución 03082 del 5 de abril de 1984 reconoció a la señora María del C. Penagos una pensión de sobreviviente por acreditar la calidad de cónyuge del afiliado; iv) que posteriormente el ISS a través de la resolución 07254 de 1985 incluyó y reconoció la pensión a los menores Juan Antonio y Jhon Elvis Montaña Segura, hijos de la demandante y el fallecido; v) que el causante contrajo nupcias por el rito católico con la señora María del Carmen Penagos el 26 de junio de 1948, vínculo que se mantuvo vigente hasta el deceso del señor Montaña Ballén; y vi) que la demandante reclamó la pensión de sobrevivientes, petición que fue desatendida por medio de la resolución SUB 44360 del 25 de abril de 2017, decisión que luego fue confirmada mediante resolución DIR 7070 del 1 de junio de 2017.

Decantado lo anterior, y descendiendo al caso de autos, tenemos que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 1001 de 2021, SL 4852 de 2020 y SL 4200 de 2016, entre otras, y como en el caso bajo examen el afiliado falleció el 7 de mayo de 1983 (f.º 68 cd f.º 68), la disposición aplicable es la Ley 12 de 1975, tal y como acertadamente lo coligió el A-Quo, en concordancia con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que consagra los requisitos para su causación, mismos que se encuentran acreditados en la medida que la prestación fue reconocida tanto a la cónyuge supérstite del afiliado como a los menores Juan Antonio y Jhon Elvis Montaña Segura, quienes para el año 1983 eran menores de edad.

Así las cosas, el artículo 1 de la mencionada Ley dispone:

*(...) ARTÍCULO 1º.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.(...).*

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral respecto de la anterior norma indicó en la sentencia SL2469-2021, radicación 70702 lo siguiente:

“Por su parte, el artículo 1° de la Ley 12 de 1975, no varió el derecho condicional de la compañera permanente, norma frente a la cual la Sala en sentencia CSJ SL4200-2016, sostuvo:

*Como se explicó en precedencia, a la luz del art. 55 de la L. 90/1946, en armonía con el 62 ibídem, la prestación de sobrevivientes en favor de la compañera permanente estaba supeditada, entre otras, a la falta de cónyuge supérstite. Es decir, su derecho tenía un carácter supletorio frente a la cónyuge supérstite.*

*Este condicionamiento no desapareció con la entrada en vigencia de la L. 12/1975, pues si bien esta normativa estableció por primera vez el derecho de las compañeras permanentes de sustituir las pensiones de jubilación a cargo directo de los empleadores del sector público y privado, para el caso del Instituto de Seguros Sociales, debe ser vista como una ratificación de una regulación ya existente en punto a las prerrogativas de dichas mujeres. A ese respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 31613, estimó que la L. 12/1975 no «varió el derecho condicional de la mujer no casada».*

Así las cosas, aunque el Tribunal se equivocó al resolver el caso bajo estudio, bajo los derroteros del artículo 55 de la Ley 90 de 1946, pues lo norma vigente para la data en que acaeció el deceso del causante de la prestación, era la Ley 12 de 1975, ello a nada conduciría, por cuanto como quedó visto, el requisito para que la compañera permanente fuera titular de la pensión de sobreviviente relativo a «la falta de cónyuge supérstite», no desapareció con su entrada en vigencia.”

La anterior decisión es importante en el presente caso porque fue emitida en fecha posterior a la sentencia SU-574 de 2019 emitida por la Corte Constitucional, de la que no se puede desconocer que además de señalar el criterio de interpretación tiene en cuenta para la decisión las condiciones personales de la accionante (edad y condición de salud), situaciones especiales que no se encuentran ni siquiera mencionadas en el presente proceso.

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral consolida la tesis de que la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento del pensionado o afiliado concordante con el artículo 16 del CST que consagra que las normas sobre trabajo no son retroactivas porque no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

En ese orden de ideas, al señalar la Ley 12 de 1975 a la compañera permanente como beneficiaria supletoria ante la falta de cónyuge al momento de la muerte en concordancia con los artículos 55 y 62 de la Ley 90 de 1946, que disponen:

**Artículo 55.** *para los efectos del Artículo anterior, los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tendrán unos mismos derechos, siempre que, por otra parte, llenen los requisitos exigidos en su caso; y a falta de viuda, será tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrá un derecho proporcional las que tuviere hijos del difunto. (expresión declarada inexecutable en la Sentencia de la Corte Constitucional C-482 de 1998)*

**Artículo 62.** *a las pensiones de viudedad y orfandad le será aplicable la disposición del Artículo 55 el derecho a estas pensiones empezara desde el día del fallecimiento asegurado y cesara con la muerte del beneficiario, sin acrecer las cuotas de los demás, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias, reciba de otra persona lo necesario para su subsistencia, o cuando el huérfano cumpla catorce (14) años de edad o deje de ser invalido pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida.*

Se concluye que solo “a falta de viuda” o cónyuge supérstite, la compañera permanente, que acredite haber hecho vida marital con el causante durante los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento o con la que haya tenido hijos, puede acceder a la pensión de sobreviviente, es decir, que el derecho de la compañera permanente solamente se abre paso, siempre y cuando no exista cónyuge, dado que la normatividad en cuestión da prevalencia a esta última, premisa que evidentemente no acontece en el caso bajo análisis, como quiera que está probado que el afiliado contrajo nupcias por el rito católico con la señora María del Carmen Penagos, vínculo que se mantuvo incólume hasta el día de su deceso el 7 de mayo de 1983, y a quien se le reconoció la pensión por cumplir los requisitos de la norma vigente para la fecha de la causación del derecho.

En ese orden de ideas, en aplicación de ese marco normativo y jurisprudencial se concluye que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

En un caso de similares contornos al que ocupa la atención de la Sala, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2706 de 2020, explicó lo siguiente:

*(...) Por otra parte, en el caso de las pensiones cuya obligación recae en el Instituto de Seguros Sociales, como lo es en este asunto, desde la Ley 90 de 1946, artículo 55, se consagró en favor de la compañera permanente el derecho a la pensión de «viudedad», denominada después «de sobrevivientes», con la condición de que: i) el afiliado no hubiere dejado cónyuge supérstite; ii) el de cujus y su derechohabiente se mantuvieron solteros durante el concubinato (declarado inconstitucional); iii) la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos comunes.*

*El anterior precepto, que contenía estas reglas, aunque fue instituido para las pensiones por accidente o enfermedad profesional o laboral, resultaba aplicable, en virtud de lo dispuesto en el 62 de la misma ley, a las pensiones por muerte común, disposiciones que no fueron modificadas por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, ni derogadas por el Decreto 433 de 1971.*

*Sobre este tema, la Sala, en sentencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 31613, reiterada en CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 34401; CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 37552 y CSJ SL, 24 sep. 2014, rad. 42102, se pronunció en los términos que siguen:*

*Ahora bien, un examen contextualizado de la normatividad de la Ley 90 de 1946 que dejó subsistente el Decreto Ley 433 de 1971, en punto a los beneficiarios de la pensión lleva a concluir que el derecho de la entonces concubina, hoy llamada compañera permanente, mantenía para 1983 el carácter supletorio que respecto de las pensiones de sobrevivientes por riesgos **profesionales tenía dispuesto el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, extendido a las pensiones de vejez por expresa remisión del artículo 62 de esta ley, no derogado por el Decreto 433 de 1971.** Entonces, la demandante, en el caso de demostrar que hacía vida marital con Mejía Díaz, no tenía derecho a recibir la prestación suplicada, toda vez que éste, hasta su muerte, estuvo casado y le sobrevivió su cónyuge, tal cual se anotó por la propia actora.*

*Son las leyes vigentes en esa fecha, pues, las llamadas a resolver la controversia y no las expedidas en momento posterior a tal hecho, porque los preceptos de carácter prestacional carecen, por regla*

*general, de efecto retroactivo, así estén amparadas en principios constitucionales como la igualdad de las familias. Como lo anotó la Corte en el fallo del 17 de junio de 1998, radicación 10634, que el Tribunal trae a colación en apoyo de su conclusión y que explícitamente se refiere al artículo 55, pero de la Ley 90 de 1946, parcialmente declarado inexecutable en fallo del 9 de septiembre de 1998 el derecho de la compañera de un afiliado que hubiere fallecido como consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, estuvo sometido a tres condiciones: 1) Que no hubiere dejado cónyuge supérstite; 2) Que el de cujus y su derechohabiente se mantuvieran solteros durante el concubinato; y 3) Que la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos comunes. Esa regla jurídica no fue modificada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese año.*

En ese orden de ideas, como la demandante no tiene la calidad de beneficiaria de la pensión reclamada, por así consagrarlo la norma aplicable al caso bajo estudio, es decir la vigente para el momento del deceso del afiliado, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia.

En otro giro, en relación con el recurso de apelación relacionado con que se desconoció el precedente trazado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 574 de 2019, se hacen las siguientes precisiones.

1. La Sala decide acoger la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, contenida en las entre otras en las sentencias con radicación 31613 del CSJ 12 de diciembre de 2007, 34401 del 25 de marzo de 2009, 37552 del 15 de febrero de 2011 y SL4200-2016 , donde se enseña que la pensión de sobrevivientes en favor de la compañera permanente estaba supeditada, entre otros requisitos, a que no existiera cónyuge supérstite, dado que aquella tiene prelación sobre la compañera permanente en el derecho a ser beneficiaria de la pensión analizada.
2. No puede olvidarse que uno de los fines primordiales del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, luego dicho tribunal es el que traza los derroteros sobre la interpretación de la ley, de manera tal que los jueces al proferir sus decisiones deberán apoyarse en el precedente vertical.
3. La Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, numeral 19 señaló (...) *La Corte ha reconocido previamente que la responsabilidad que les compete a los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial es aún mayor, puesto que la labor*

*de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Ver Sentencia T-123/95 (...)*

4. La sentencia C-621 de 2015, trajo a colación lo enseñado en la sentencia C-836 del 2001, referente a la doctrina probable donde se explicó: (...) En la sentencia, la Corte se adentró a estudiar los fundamentos de la doctrina probable:

*“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”*

*En la referida sentencia, la Corte Constitucional procuró darle a la doctrina probable un valor jurídico explícito, fundamentando para ello su fuerza normativa en “el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.”*

*Para la Corte, el derecho a la igualdad ante la Ley e igualdad de trato por parte de las autoridades obliga especialmente a los jueces y supone que:*

*Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.*

*En razón de ello, la Corte no solo reconoce la constitucionalidad de la doctrina probable de la Corte Suprema, sino que fortalece su rigurosidad, exigiendo que el apartamiento de la misma por parte de los jueces de instancia, no sea caprichoso, sino que requiere una justificación de acuerdo con la seguridad jurídica, en concordancia con los principios de la buena fe y la igualdad frente a la ley.*

En otro giro, cabe recordar la sentencia SL 1209 de 2020 en la que la Corte Suprema de Justicia negó las pretensiones de la compañera

permanente por considerar que jurídicamente no tenía derecho a la prestación dada la imposibilidad de concurrir en sustitución con la esposa del pensionado, quien, teniendo prevalencia en la ley vigente, cumplió los presupuestos legales para acceder a esa prestación, allí se explicó lo siguiente:

*(...)Ahora bien, en cuanto a que la pensión debe ser igualmente reconocida a la compañera permanente por razones de equidad, a juicio de la Sala, la ocasión es oportuna para aclarar que aun cuando los supuestos normativos de pérdida o conservación del derecho del cónyuge, así como la restricción prevista para la compañera permanente, desde el punto de vista jurídico hoy serían inconcebibles pues no coinciden con los dictados de la Constitución Nacional, ni con los desarrollos legales actuales, lo cierto es que en su momento encontraban justificaciones de orden socio-moral y religioso, en el contexto de modelos de virtud que censuraban socialmente un vínculo distinto al formal del matrimonio.*

*Visto así, puede sostenerse que, si bien, esas políticas están actualmente excluidas del orden constitucional, pues atentan directamente contra la autonomía y libertad de la persona, el pluralismo o la igualdad, no podría decirse que son contrarias al orden público otrora vigente, pues como se explicó, tenían una justificación que la moral social de la época admitía, ante lo cual no es extraño el derecho y, por eso mismo, las referidas preceptivas legales deben aplicarse por ser las que gobernaban el asunto al momento en que el riesgo acaeció.*

*Es desde esa óptica que, para la Sala, no puede predicarse una orientación o aplicación retroactiva de los contenidos materiales forjados con posterioridad a la Constitución de 1991, a situaciones que acaecieron con anterioridad a la vigencia de esta norma Superior, que es lo que sugiere la censura al señalar que la compañera permanente, por equidad debe acceder igualmente al derecho pensional, argumentación que, sin lugar a dudas, está enmarcada en reflexiones constitucionales que no tenían vigor cuando ocurrieron los hechos. (...)*

En ese orden de ideas, nuevamente es posible colegir, que la actora no cumple con los presupuestos legales de la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado.

En otro giro, en gracia de discusión, al revisar la prueba testimonial del dicho de las señoras María del Carmen Rodríguez y Maria Rosbelinda Rubiano, no emerge cristalina la convivencia de la demandante con el señor Manuel Antonio Ballén dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al

fallecimiento de aquel, si se tiene en cuenta que, por su avanzada edad, no recuerdan las fechas en que acaeció la misma, así como tampoco informaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se desarrolló dicha convivencia, al punto que la primera de ella, señaló que parte su conocimiento deviene de lo que su esposo, amigo del fallecido, le contaba, al paso que la segunda, no tuvo un conocimiento directo de la convivencia, en tanto señaló que desconocía si el señor Manuel Antonio pernoctaba todas las noches en la casa de la demandante, tampoco supo cuando falleció este, sumado a que informó que no se frecuentaba con la pareja por lo menos desde hacía tres años atrás del óbito del afiliado.

Si bien no se desconoce que la actora tuvo varios hijos con el señor Manuel Antonio, dos de ellos, a quienes les fue reconocida la pensión de sobrevivientes a través de la resolución 07254 de 1985, es de anotar, que esta situación no resulta suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda, en la medida que según la misma sentencia SU 574 de 2019, citada por el recurrente al momento de interponer la alzada, es clara a la hora de indicar que el objetivo principal de esta prestación es el de brindar una protección de tipo económico a la familia de asegurado, en otras palabras, *“evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido”*, presupuesto que no fue acreditado en el caso de autos, si se tiene en cuenta que la Sala no logra advertir como el deceso del señor Montaña Ballén afectó las condiciones socio económicas de la actora, en la medida que el fatal suceso acaeció en el año 1983 y solo hasta el 2017 la actora se presentó ante Colpensiones a reclamar la pensión de sobrevivientes.

En ese orden de ideas, se considera que la decisión de primera instancia debe confirmarse, en razón a que la señora María Elisa Segura Moreno no acreditó los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acceder a la pensión de sobrevivientes.

**COSTAS** no se impondrán en esta instancia porque no se encuentran acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** BANCOLDEX-BANCO DEL COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA S.A.

**DEMANDADO:** ADRES Y EPS SANITAS

**RADICADO:** 11001 31 05 032 2019 00723 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., además de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADRES, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, y los artículos 3 y 154 de la Ley 100 de 1993.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que fue notificada por la UGPP mediante comunicaciones de radicados n.º 20178996685701 y 20178996685881, de una acción persuasiva mediante la cual se le informó que existían indicios frente a una presunta evasión en el pago de aportes al Sistema de Protección Social en los años 2014, 2015 y 2016; que canceló en favor de la E.P.S. SANITAS por concepto de autoliquidación y corrección de aportes de los años 2013 a 2017, la suma de \$145.997.200 (capital e intereses); que una vez evidenció que el pago realizado en las planillas de corrección a SANITAS E.P.S., no se debía hacer, requirió dentro del año

siguiente al pago la devolución de los recursos, mediante reiteradas comunicaciones y derechos de peticiones a esa entidad, obteniendo respuesta negativa a la misma; que la EPS SANITAS omitió realizar el procedimiento establecido en el artículo 2.6.4.3.1.1.6 del decreto 2265 de 2017; que las demandadas están en la obligación de reintegrar el dinero cancelado por concepto de planillas de corrección que asciende a la suma de \$145.997.200, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas en la proporción que le corresponda a cada una, al pago de la suma de \$145.997.200, junto con los intereses moratorios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 1281 de 2002, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.(f.º 7-8)

Como sustentó de sus pretensiones, indicó que afilió al Sistema de Seguridad Social en Salud a sus trabajadores a la EPS SANITAS; que fue notificada por la UGPP mediante comunicaciones de radicados n.º 20178996685701 y 20178996685881, de fecha 12 de junio de 2017 de una acción persuasiva a través de la cual se le informó que existían indicios frente a una presunta evasión en el pago de aportes a Sistema de Protección Social en los años 2014, 2015 y 2016; que una vez realizada la revisión, se evidenció un error consistente en la imputación de un pago no salarial percibido en diciembre, en la seguridad social de enero, razón por la cual se procedió a realizar las correcciones de las planillas de diciembre, aun cuando el requerimiento fue realizado por el mes de enero de los años 2014, 2015 y 2016; agregó que si bien es cierto Bancoldex no imputó el pago no salarial percibido por los empleados en diciembre, en la liquidación de la seguridad social de enero de cada año sí lo hizo efectivamente; que entre los días 30 de junio y 4 de julio de 2017 realizó autoliquidación de corrección de los aportes del mes de diciembre de los años 2012, 2013, 2014, 2015, y 2016, consignando la suma de \$112.244.500, por concepto de capital y la suma de \$33.752.700 por concepto de intereses, para un total de \$145.997.200; que una vez realizó el pago procedió a adelantar la gestión de cobro con las Entidades de Sistema de Seguridad Social a través de cartas, derechos de petición y reuniones, quienes se negaron a devolver los recursos con sustento en el artículo 2.6.4.3.1.1.6 del decreto 2265 de 2017; señaló que en reunión sostenida con la UGPP se llegó a la conclusión que no debía realizar la corrección de las planillas; y que a las fecha las demandadas se han negado a devolver las sumas que se pagaron en las planillas de corrección (f.º 4-7)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 21 de febrero de 2022, declaró que la demandante

BANCOLDEX S.A. tiene derecho al reintegro de los valores cancelados por concepto de autoliquidación de aportes cancelados los días 30 de junio y 4 de julio de 2017, en cuantía de \$145.997.200.00, suma que le debe ser reintegrada de manera indexada desde la fecha en que fue cancelada hasta el momento de su pago; condenó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD a cancelar a la demandante BANCOLDEX S.A. la suma antes mencionada; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a las demandadas EPS SANITAS S.A.S. y ADRES.

### **RECURSO DE APELACION**

El apoderado de la parte demandada EPS Sanitas solicita la revocatoria de la sentencia en punto de las costas impuestas por el A-Quo, al paso que la demandada ADRES pretende que se revoque la decisión primigenia al considerar que no es la responsable de cumplir con la condena, dado que la EPS es quien cuenta con los recursos para tal fin.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones finales.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si recae en cabeza de la ADRES la obligación de rembolsar el valor de los aportes referidos en esta demanda y si es viable que la EPS Sanitas sea condenada en costas.

Adicionalmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor la demandada ADRES.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Caso concreto**

Pretende la parte demandante se condene a las convocadas a la devolución de \$145.997.200, por concepto de autoliquidación y corrección de aportes de los años 2013 a 2017, con sustento en que dicho pago no se debía realizar. Lo peticionado se fundamenta en el Decreto 2264 de 2017.

El Artículo 2.6.4.3.1.1.8. ibídem, dispone:

*(...) Devolución de cotizaciones no compensadas. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y EOC la devolución de pagos erróneamente efectuados,*

*estas entidades deberán determinar la procedencia de la misma, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud del aportante.*

*De ser procedente, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones la debe presentar la EPS o EOC a la ADRES el último día hábil de la primera semana del mes. La ADRES efectuará la validación y entrega de resultados y recursos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación.*

*Las EPS y EOC una vez recibidos los resultados y los recursos del procesamiento de la información por parte de la ADRES, deberán girar los recursos al aportante en el transcurso del día hábil siguiente.*

*Parágrafo 1°. Los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS y EOC la devolución de cotizaciones pagadas erróneamente dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.*

*Parágrafo 2°. La ADRES efectuará la devolución de aportes al prepensionado por el periodo cotizado, en los términos del artículo 2.1.8.4 del presente decreto.(...)*

Adicionalmente, la parte demandante precisa en los hechos que sustentan su reclamación que los pagos realizados mediante planillas n.º 20850704, 20842310, 20839246, 20847151, 20861094, 20854373, 20852202, 20863939 obedecieron a un requerimiento efectuado por la UGGP, y que luego de una reunión sostenida con el director de la Unidad el 28 de mayo de 2018, se concluyó que no era necesario realizar la corrección de las planillas.

Decantado lo anterior, lo primero que se debe determinar es si se acredita en el expediente la realización de un pago erróneo de cotizaciones en la medida en que es el supuesto fáctico que sustenta la devolución consagrada en el Decreto 2264 de 2017, en el Artículo 2.6.4.3.1.1.8. y pretendida por la parte actora.

La Sala anticipa que la sentencia de primera instancia deberá ser revocada respecto de las siguientes facturas 20850704, 20842310, 20839246, 20847151, 20854373, 20852202, 20863939, por las siguientes razones:

- La parte actora no acreditó con ningún medio probatorio que la erogación que efectuó a través de las planillas respectivas, correspondiera a un pago equivocado, como quiera que no se preocupó por demostrar que los pagos adicionales que realizó por sus

empleados al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de la EPS SANITAS, durante los periodos reportados en las referidas instrumentales, en realidad tuvieron la connotación de no salarial o que no se tuviere que realizar el pago adicional realizado, nótese que no obra en el expediente por ejemplo el pacto de exclusión salarial suscrito entre la parte demandante y los trabajadores sobre los valores que la UGPP detectó la posible elusión de cotización y por los cuales realizó el ajuste y pago de la cotización, si los mismos eran derivados del concepto consagrado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Recuérdese que el artículo 17 de la ley 344 de 1996 establece que “por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Públicas, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993”; y respecto de la aplicación de la desalarización se debe tener en cuenta el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, que consagra que el pacto de “desalarización” no puede exceder del 40% del total de la remuneración<sup>1</sup> con la interpretación del Consejo de Estado sobre su aplicación, el monto de desalarización que exceda el límite del 40% antes mencionado hace parte de la base para liquidar los aportes a la seguridad social.

- En el expediente no reposa acta o documento alguno que acredite o corrobore la conclusión a la que se arribó en la reunión que sostuvo Bancoldex con la UGPP, el día 28 de mayo de 2018 (hecho 17), consistente en que no se debía realizar la corrección de las planillas, por lo que no existe elemento probatorio que establezca que la parte actora no tenía la obligación de efectuar dicho pago, así como tampoco encuentra respaldo el hecho relacionado con que contra la entidad no cursa proceso de fiscalización alguno.

---

<sup>1</sup> Lo que en palabras del Consejo de Estado en sentencia de unificación 25185 de 2012, significa “ El pacto de “desalarización” no puede exceder el límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, el 40% del total de la remuneración. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST- contraprestación del servicio) y, además, los que las partes de la relación laboral pacten que no integrarán el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración.”,

En conclusión, la parte actora no cumplió con la carga de la prueba señalada en el artículo 167 del Código General del Proceso bajo la responsabilidad de la parte que alega el supuesto de hecho de las normas que consagran el derecho, esto es, acreditar que realizó pagos erróneos.

Lo anteriormente expuesto se colige de lo consagrado en el Decreto 2265 de 2017, Artículo 2.6.4.3.1.1.8<sup>2</sup>, que se refiere a la devolución de cotizaciones no compensadas cuando los aportantes soliciten a las EPS y EOC la devolución de pagos erróneamente efectuados, porque si bien es cierto las entidades deben determinar la procedencia de la devolución, también es cierto que el aportante debe acreditar que el pago fue erróneamente efectuado, carga de la prueba que se reitera no se cumple en el presente caso, al no poderse constatar que el pago inicial se encontraba ajustado a derecho, y que los pagos posteriores, esto es los realizados mediante planillas n.º 20850704, 20842310, 20839246, 20847151, 20854373, 20852202, 20863939 no eran procedentes, máxime en el presente caso que si bien se reconoció el pago por las demandadas no se aceptó que el origen del mismo hubiese sido un pago erróneo.

Sin embargo, la conclusión precedente no se podrá hacerse extensiva a la planilla n.º **20861094**, si se tiene en cuenta que la EPS Sanitas mediante comunicación adiada el 25 de septiembre de 2017 (f.º 135) informó a la entidad demandante que *“la solicitud de devolución del mayor valor cancelado por BANCO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA S.A., para el periodo de cotización de enero de 2017, en calidad de trabajador dependiente, se encontró procedente la devolución”*, por manera que al aceptarse la procedencia de la devolución en los términos del Decreto 2265

---

<sup>2</sup> Decreto 2265 de 2017, Artículo 2.6.4.3.1.1.8. *Devolución de cotizaciones no compensadas*. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y EOC la devolución de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la procedencia de la misma, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud del aportante.

De ser procedente, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones la debe presentar la EPS o EOC a la ADRES el último día hábil de la primera semana del mes. La ADRES efectuará la validación y entrega de resultados y recursos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación.

Las EPS y EOC una vez recibidos los resultados y los recursos del procesamiento de la información por parte de la ADRES, deberán girar los recursos al aportante en el transcurso del día hábil siguiente.

**Parágrafo 1º.** Los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS y EOC la devolución de cotizaciones pagadas erróneamente dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.

**Parágrafo 2º.** La ADRES efectuará la devolución de aportes al prepensionado por el periodo cotizado, en los términos del artículo 2.1.8.4 del presente decreto.

de 2017, Artículo 2.6.4.3.1.1.8, la Sala debe acceder a su reconocimiento, en cuantía de \$27.117.900.

En este punto, cabe precisar que, si bien al expediente reposa la planilla 20868939, en la que de igual forma, se aprecia un pago para el periodo de cotización de enero de 2017, es también cierto que el aportante que realizó dicha erogación, corresponde a “BANCOLDEX- PATRIMONIOS AUTONOMOS” identificado con nit n° 900457656-8, esto es, una persona jurídica diferente a quien hoy promueve la demanda que ocupa la atención de la Sala, BANCO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA S.A. – BANCOLDEX identificada con nit.° 800.149.923-6, sumado a que revisado el poder que corre a folio 1 y 2 de las diligencias, no se encuentra que se haya facultado al apoderado para adelantar acción en su nombre, recuérdese que al tenor del artículo 53 del Código General del Proceso, los patrimonios autónomos tienen capacidad para ser parte dentro de un proceso.

Bajo ese panorama aborda la Sala el recurso de apelación presentado por la ADRES, anunciando desde que ya que el mismo tiene vocación de prosperidad.

Así las cosas, que en aras de determinar la entidad responsable del pago al que se ha hecho referencia en esta decisión, se acude a las disposiciones que regulan la materia, así:

Decreto 674 de 2014:

*(...) Artículo 1°. Modifícase el artículo 12 del Decreto número 4023 de 2011, el cual quedará, así:*

*“Devolución de cotizaciones. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la pertinencia del reintegro.*

*De ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al Fosyga por la EPS o la EOC el último día hábil de la primera semana de cada mes.*

*El Fosyga procesará y generará los resultados de la información de solicitudes de reintegro presentada por las EPS y EOC dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación de la información. Las EPS y las EOC una vez recibidos los resultados del*

procesamiento de la información por parte del Fosyga, deberán girar de forma inmediata los recursos al respectivo aportante.

*A partir de la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones pagadas erradamente, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.*

*Para las cotizaciones anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto”. (...)*

Decreto 780 de 2016:

*(...) ARTÍCULO 2.6.1.1.2.2. Devolución de cotizaciones. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la pertinencia del reintegro. De ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al Fosyga por la EPS o la EOC el último día hábil de la primera semana de cada mes.*

*El Fosyga procesará y generará los resultados de la información de solicitudes de reintegro presentada por las EPS y EOC dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación de la información. Las EPS y las EOC una vez recibidos los resultados del procesamiento de la información por parte del Fosyga, deberán girar de forma inmediata los recursos al respectivo aportante.*

*A partir de la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones pagadas erradamente, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago. (...)*

Decreto 2265 de 2017

*(...) Devolución de cotizaciones no compensadas. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y EOC la devolución de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la procedencia de la misma, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud del aportante.*

*De ser procedente, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones la debe presentar la EPS o EOC a la ADRES el último día hábil de la primera semana del mes. La ADRES efectuará la validación y entrega de resultados y recursos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación.*

*Las EPS y EOC una vez recibidos los resultados y los recursos del procesamiento de la información por parte de la ADRES, deberán girar los recursos al aportante en el transcurso del día hábil siguiente.*

*Parágrafo 1°. Los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS y EOC la devolución de cotizaciones pagadas erróneamente dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.*

*Parágrafo 2°. La ADRES efectuará la devolución de aportes al prepensionado por el periodo cotizado, en los términos del artículo 2.1.8.4 del presente decreto. (...)*

En efecto, del recuento normativo la Sala colige que en tratándose del reintegro de pagos erróneamente efectuados por el aportante, su devolución está a cargo de EPS, por contar con los mecanismos para tal fin, conclusión que también se extrae de la comunicación a la que se hizo referencia en líneas precedentes, esto es la calendada el 25 de septiembre de 2017 (f.º 135) en la que la EPS convocada a juicio expresamente acepta que una vez aprobada la autorización correspondiente, se procederá al giro de los aportes.

Por consiguiente, habrá lugar a revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y en lo que tiene que ver con las costas, como la EPS accionada fue condenada en este asunto deberá ser condenada a las mismas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, debiéndose en consecuencia absolver a la ADRES de esta condena al ser absuelta de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el cual quedará así: **SEGUNDO.- DECLARAR** que la demandante **BANCO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA – BANCOLDEX S.A.** tiene derecho al reintegro del valor

cancelado el día 4 de julio de 2017 a través de la planilla 20861094 por concepto de autoliquidación de aportes en cuantía de \$27.117.900, suma que le debe ser reintegrada de manera indexada desde la fecha en que fue cancelada hasta el momento de su pago.

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el cual quedará así: **TERCERO: CONDENAR** a la demandada **EPS SANITAS** a cancelar a la demandante BANCOLDEX S.A. la suma de \$27.117.900 cancelada el día 4 de julio de 2017 a través de la planilla 20861094 por concepto de autoliquidación de aportes. **ABSOLVER** a las demandadas del pago de las sumas contenidas en las planillas 20850704, 20842310, 20839246, 20847151, 20854373, 20852202, 20863939, por las razones expuestas.

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

**CUARTO.-** Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la EPS Sanitas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** FIDEL VELANDIA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 012 2021 00037 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLFONDOS S.A. contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS y afiliación por falta de información y buen consejo de COLFONDOS S.A., como consecuencia, la anulación o rescisión del contrato, restitución al estado en que se hallaba antes de la celebración del acto nulo, esto es, permaneció afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media, se ordene a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. realicen los trámites a que haya lugar para activar la afiliación en el RPM bajo la dirección de COLPENSIONES y que valide el traslado de las cotizaciones. Se ordene a COLFONDOS S.A. la devolución de todos los aportes cotizados con sus rendimientos a

COLPENSIONES y que asuma los menores valores frente a la cotización; se condene a lo ultra y extra petita; en costas y agencias en derecho.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 11 de diciembre de 1958, su derecho pensional se causa a partir del 11 de diciembre de 2020 en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; inició a cotizar el 26 de febrero de 1977 en el Instituto del Seguro Social; ante el boom de la época en el periodo 03-1999 fue trasladado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS – AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; diligenció el formulario correspondiente con el argumento de que la mesada pensional sería superior en el fondo privado y que el Seguro Social de la época se terminaba, y sin dar más explicaciones, le hizo firmar dicho documento. El jefe de personal de la empresa no le informó el pro y los contras del cambio de régimen pensional, ni menos aún las consecuencias del traslado, sin existir asesoría alguna de parte de funcionario de COLFONDOS S.A.; el 1 de diciembre de 2020 solicitó la nulidad o ineficacia del traslado a COLFONDOS y el traslado a COLPENSIONES; igual petición elevó a COLPENSIONES, las entidades negaron la petición; la pensión en COLFONDOS asciende a la suma de \$908.526.

**COLPENSIONES** procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones porque el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que, la AFP COLFONDOS no construyó su decisión ni obligó a trasladarse del régimen de prima media con prestación definida; se duda del vicio de la voluntad y se debe probar ese engaño; el traslado contraría la normatividad en materia de pensiones, no tiene los requisitos que establece la Ley 797 de 2003 para acceder al reconocimiento pensional más aun cuando el demandante no tiene sus cotizaciones efectuadas a COLPENSIONES.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; cobro de lo no debido; buena fe; imposibilidad de condena en costas; y declaratoria de otras excepciones.

**COLFONDOS S.A.** procedió a contestar la demanda, con oposición a la pretensión porque si brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliada; así mismo, se le dio a conocer al actor toda la información necesaria respecto de la forma como se construyen las pensiones en el RAIS.

Presentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado; no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida; buena fe; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; compensación y pago; obligación a cargo exclusivamente de un tercero; nadie puede ir en contra de sus propios actos; petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 8 de febrero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de mayo de 1999, a través de COLFONDOS; declaró vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida; condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos; condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre COLFONDOS con motivo de la ineficacia y una vez ingresen los dineros actualizar la información en la historia laboral del demandante; declaró no probadas las excepciones; condenó en costas a COLFONDOS S.A. y fijó como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLFONDOS S.A.** Presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia porque se cumplió con el deber de información, no se puede ordenar la entrega de bono pensional porque el mismo no se encuentra en cabeza de esa entidad, no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, ni las sumas previsionales, ni los porcentajes de la garantía de pensión mínima.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y de la demandada COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si hay lugar, a la devolución al bono pensional, de los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje de garantía de pensión mínima.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 11 de diciembre de 1958.
- Derecho de petición a COLFONDOS S.A. y respuesta.
- Derecho de petición a COLPENSIONES y respuesta.
- Resumen de semanas COLFONDOS.
- Resumen de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 518,29 semanas.
- Formulario de afiliación a COLFONDOS el 3 de marzo de 1999.
- Interrogatorio de parte.

#### **Caso Concreto**

El apoderado de COLFONDOS presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque se cumplió con el deber de información y no hay lugar a la devolución del bono pensional por cuanto no se encuentra en la cuenta del demandante ni de los gastos de administración, ni de los seguros previsionales, ni el porcentaje de garantía mínima.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 40 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 518,29 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100

de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Colfondos de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por la parte actora en el interrogatorio de parte.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del gestor al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En relación con el argumento de COLPENSIONES de que el demandante se encuentra incurso en la prohibición de trasladarse cuando le falta diez años o menos para cumplir la edad de pensión porque fue instituida para proteger la sostenibilidad financiera del sistema, es de anotar, que la Corte Constitucional estudio la exequibilidad de esa limitación, encontrando que efectivamente cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas.*

*Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables"*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó".*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso

identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente 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»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro". (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando

no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase

de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su*

*funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”*

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP COLFONDOS S.A. relacionado con la condena por devolución del bono pensional, los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje de garantía de pensión mínima, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En relación con que no hay lugar a la devolución del bono pensional porque no lo ha recibido, es de anotar que el bono pensional forma parte del capital

que se encuentra en la cuenta individual del demandante, de tal manera que sino hace parte del mismo no puede existir devolución, pero no se puede en la sentencia omitir tal aspecto porque no se acredita en el expediente que tal bono haya o no ingresado en la cuenta individual del demandante, por lo que se confirmara la decisión de primera instancia con la advertencia de que si el bono no hace parte de la cuenta individual del demandante se deberá indicar de forma discriminada en la liquidación de la devolución a COLPENSIONES sobre los diferentes conceptos y su valor al momento de la devolución.

Con relación a la excepción de **prescripción** tanto de la acción a cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de la devolución de los gastos de administración, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, lo cual se aplica a los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 012 2021 00037 01**

**De: FIDEL VELANDIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CLARA ELENA BARRIOS LOBATON

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 009 2019 00768 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 12 de octubre de 1994 a la AFP COLFONDOS por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndola en error y viciando su consentimiento para que se trasladara de régimen, en consecuencia, se ordene a PORVENIR a retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por COLPENSIONES. Se ordene a COLPENSIONES a recibirla en el RPM y a

mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones en que nació el 5 de noviembre de 1964, que estuvo afiliada desde el 4 de octubre de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1994 al ISS, tenía para esa fecha un total de 401 semanas cotizadas al régimen de prima media, que se trasladó a COLFONDOS en el mes de octubre de 1994 cuando los asesores le presentaron el nuevo régimen pensional, fue acosada por los asesores, quienes le ofrecieron beneficios superiores a los que podía obtener en el RPM, pero sin indicarle que el hecho de trasladarse le generará una desmejora en sus condiciones de vejez. Para el año 2004, los asesores de PORVENIR le presentaron el nuevo régimen pensional, le manifestaron que si aceptaba trasladarse podría participar con boletas en una rifa de un pasaje a Buenos Aires, entre otras, no le indicaron las características diferenciales entre un régimen y otro, sin aclarar e informar la pérdida de beneficios y/o ventajas de cada uno de estos regímenes. PORVENIR realizó una simulación pensional dentro de la posibilidad de vida, y para cuando cumpliera 57 años de edad la cuantía de la pensión sería la suma de \$828.116, y la simulación pensional en el RPM administrado por COLPENSIONES la mesada pensional equivaldría a \$2.286.171.

**COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas porque se constató que la demandante suscribió formulario de afiliación de forma libre y voluntaria a cada una de las AFP demandadas, por lo que no existe prueba que indique la omisión en la información que alega la demandante, por lo que debe entenderse que el traslado al RAIS es totalmente válido. La demandante se encuentra inmersa en la limitación para trasladarse de régimen en virtud de lo señalado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que tiene su sustento en el principio de sostenibilidad financiera.

Presentó las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP 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, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, e innominada o genérica.

**COLFONDOS S.A.** contestó con oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas en la que se le involucre, en especial la que se refiere

a la declaración la nulidad y /o ineficacia del traslado de la demandante a COLFONDOS.

Presentó las excepciones de fondo de buena fe, innominada o genérica, compensación y pago.

**PORVENIR S.A.** contestó la demanda, se opuso a las pretensiones con el argumento de que la afiliación de la parte demandante se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Tampoco opera la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, porque se refiere a conductas dolosas que en el presente caso no se alegan ni se acreditan, aunado a que a la parte demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante entre el RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS el 12 de octubre de 1994; condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores recibidos a título de cuotas de administración y comisiones; Condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los valores recibidos a título de cuotas de administración y comisiones que fueron recibidos en vigencia de la afiliación de la demandante respecto del tiempo en el que se encontraba vigente la afiliación a esa AFP; condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR y COLFONDOS todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquella, declaró no probadas las excepciones

propuestas por las demandadas; condenó en costas a cargo de COLFONDOS y fijó como agencias en derecho la suma de 1 smlmv.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia con sustento en que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 prohíbe el traslado de régimen dentro de los diez años anteriores a la edad mínima para adquirir el derecho en el RPM por razones financieras y de estabilidad del sistema, justificada en el Acto Legislativo 1 de 2005, con la decisión además se vulneran los principios de la confianza legítima, legalidad y debido proceso y relatividad jurídica.

**COLFONDOS** presentó recurso de manera parcial respecto de la condena por devolución de gastos de administración y cuotas porque no se puede desconocer la teoría de la restitución mutua, aunado a que dichos gastos de administración se encuentran consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la devolución implica desconocer el trabajo que realizó COLFONDOS para generar los rendimientos y la devolución genera enriquecimiento sin causa.

**PORVENIR** presentó recurso de apelación con el objetivo de que se revoque de manera parcial la decisión porque el precedente jurisprudencial no se debe aplicar de manera objetiva respecto de la devolución de los gastos de administración u otro emolumento que no haga parte de los aportes de la demandante, se debe aplicar el principio de favorabilidad de manera inescindible y no solo que favorece, ya que se ordena a devolver los rendimientos y los gastos de administración como si la entidad no hubiere realizado el trabajo, aunado a que la demandante no presentó queja sobre la labor realizada por el fondo. Adicionalmente, los gastos de administración no forman parte de la pensión y se encuentran sujetos a las reglas de la prescripción porque se causan de manera legal.

### **ALEGACIONES**

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta los principios de sostenibilidad financiera, confianza legítima, legalidad,

debido proceso y relatividad jurídica y si no procede la condena de devolución de gastos de administración o estos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

**Elementos de prueba relevantes:**

- Registro civil de nacimiento y copia de la cédula de ciudadanía, se constata que la demandante nació el 5 de noviembre de 1964.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 401 semanas.
- Historia laboral PORVENIR.
- Reclamaciones administrativas y respuestas.
- Resumen bono pensional.
- Formulario solicitud de vinculación a COLFONDOS el 12 de octubre de 1994.
- Declaraciones juramentadas.
- Expediente administrativo COLPENSIONES.
- Registro SIAFP.
- Comunicados de prensa.
- Relación histórica de movimientos PORVENIR
- Solicitud de traslado a PORVENIR el 20 de septiembre de 2004.
- Relación de aportes.

Interrogatorios de parte.

**Caso Concreto**

Los apoderados de la parte demandada apelaron la sentencia: Colpensiones considera que se vulneran los principios de relatividad jurídica, confianza legítima, legalidad, debido proceso y sostenibilidad financiera del sistema y Colfondos y PORVENIR argumentan que no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 29 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 401 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el

interrogatorio de parte de la demandante que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”*

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron

ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... *precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente 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**».

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “*suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende*

*entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.*

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los*

regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las*

*reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado como efecto de la declaración de ineficacia que le corresponde a la Administradora de fondo de Pensiones devolver los rendimientos **y gastos de administración**, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989). De tal manera que no procede el argumento de recurso de la demandada, en aplicación de ese mismo precedente jurisprudencial.

Con relación a la excepción de **prescripción** respecto de los gastos de administración, es de señalar que ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra inmerso el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a*

las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 009 2019 00768 01**

**De: Clara Elena Barrios Lobaton contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpesiones y otros.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** GLORIA ROSARIO PRIETO VARGAS

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 014 2019 00740 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado de Régimen que realizó el 11 de febrero de 2002 del ISS a PORVENIR, y como consecuencia, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del ahorro que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, se ordene a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen aprobado el día 11 de febrero de 2002 del ISS hoy COLPENISONES a PORVENIR, se condene en costas y demás condenas extra y ultra petita.

Sustentó las pretensiones en que nació el 14 de agosto de 1961, cotizó a CAJANAL y al ISS 813,14 semanas; el 11 de febrero de 2002, se trasladó del ISS al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR S.A., la aparente decisión de traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, no le informó sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de dicho régimen; ha cotizado al sistema un total de 1.697,14 semanas; el fondo no le informó antes del 14 de agosto de 2008 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; y el 4 de septiembre de 2019, solicitó a PORVENIR y a COLPENSIONES el traslado de Régimen. (fls. 22-29)

**PORVENIR S.A.** contestó la demanda, se opuso a las pretensiones con el argumento de que le brindó información veraz a la demandante, en la medida que se le explicaron las características técnicas del Régimen de Ahorro Individual de manera clara, veraz y oportuna. Aunado la demandante no aporta pruebas que permita arribar a una conclusión diferente a que su traslado de régimen pensional fue completamente válido.

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

**COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas porque el traslado de régimen pensional de la demandante fue válido y la demandante se encuentra inmersa en prohibición de traslado contemplada en el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al momento de solicitar el retorno al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Presentó las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP 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, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, e innominada o genérica.

## DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR, señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. Ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**PORVENIR** presentó recurso con el objetivo de que se revoque la decisión porque el precedente jurisprudencial no se debe aplicar de manera homogénea cuando la situación fáctica no es igual. El deber de información ha tenido un desarrollo legal de manera progresiva y, en consecuencia, para la fecha del traslado no existían las obligaciones actuales sobre la asesoría. La entidad ha actuado de buena fe, cumpliendo los mandatos legales, aunado a que la demandante contó con las oportunidades para retornar al Régimen de Prima Media y no lo hizo por el contrario guardó silencio frente a esa posibilidad. No existe norma legal que dé lugar a la devolución de los rendimientos y gastos de administración, ya que los primeros solo se generan en el Régimen de Ahorro Individual y los segundos se generan en ambos regímenes.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia con sustento en que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica que tiene efectos inter partes, por lo que no puede ser beneficiada ni perjudicada por las actuaciones de la parte actora. Aunado a que la decisión de ineficacia del traslado afecta el equilibrio financiero del sistema consagrado en el Acto Legislativo 1 de 2005 en la medida que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para el traslado de régimen pensional. Subsidiariamente, en caso de confirmar la sentencia se reintegre la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales, y los perjuicios económicos porque quien causa el daño debe pagar y no COLPENSIONES.

### **ALEGACIONES**

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las entidades demandadas.

### **CONSIDERACIONES**

## **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta el equilibrio financiero y si no procede la condena de devolución de rendimientos y gastos de administración.

### **Elementos de prueba relevantes:**

- Copia de la cédula de ciudadanía, se constata que la demandante nació el 14 de agosto de 1961.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 321.57 semanas.
- Reclamaciones administrativas y respuestas.
- Simulación pensional de PORVENIR.
- Registro SIAFP.
- Historia laboral PORVENIR.
- Relación Histórica de movimientos PORVENIR.
- Solicitud de vinculación a PORVENIR, fondo de pensiones voluntarias, el 30 de enero de 2002.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo.

Interrogatorio de parte.

### **Caso Concreto**

Los apoderados de Colpensiones y Porvenir apelaron la sentencia al considerar que el precedente jurisprudencial no se debe aplicar al caso presente, no se incumplió con el deber de información en los términos señalados en la ley vigente para el momento del traslado; que se vulneran los principios de relatividad jurídica y sostenibilidad financiera del sistema y no procede la devolución de los rendimientos y gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 40 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 813 semanas cotizadas al sistema (fls. 3 y 57), no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para

realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que en el interrogatorio de parte la demandante señaló que realizó de manera libre el traslado de régimen.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión descapitaliza el sistema, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo*

*al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada

uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... *precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente 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**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto

663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de*

*instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, 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, lo cual acompaña con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado como efecto de la declaración de ineficacia que le corresponde a la Administradora de fondo de Pensiones devolver los **rendimientos y gastos de administración**, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado. (SL2611-2020 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989). De tal manera que no procede el argumento de recurso de la demandada, en aplicación de ese mismo precedente jurisprudencial.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 2 de febrero de 2022, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 014 2019 00740 01**

**De: GLORIA ROSARIO PRIETO VARGAS contra  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** ORLANDO RINCÓN CASTILLO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 028 2019 00569 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado a Protección y Colfondos y, consecuencia de ello, se ordene a Protección a trasladar todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos, se ordene a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en dicho régimen, todo lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (fl.3).

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 8 de diciembre de 1965, estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el ISS, fue trasladado a COLMENA hoy PROTECCIÓN el 17 de octubre de 1996 y no se le brindó información adecuada y completa sobre

el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, actualmente se encuentra afiliado a COLFONDOS.

**COLFONDOS** en el término del traslado para contestar la demanda se allanó a las pretensiones formuladas en la demanda (fl. 89).

**COLPENSIONES** procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que el origen de la presente acción no es la falta de información sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría en cada régimen.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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, innominada o genérica y buena fe. Y de mérito especial la de protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero. (fl. 91)

**PROTECCIÓN S.A.** procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que el traslado de régimen es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Lo cual se corrobora con el formulario de vinculación que suscribió el señor ORLANDO RINCON CASTILLO, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre EL DEMANDANTE y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de EL AFILIADO.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua 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.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1 de

diciembre de 1996, por intermedio de Protección, y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Condenó a Colfondos a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Protección y a Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

**PROTECCIÓN S.A.:** no procede la devolución por concepto de gastos de administración y seguro previsional del ahorro individual porque son conceptos que se descontaron por norma legal.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y de la demandada COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si hay lugar a la devolución de gastos de administración y en grado jurisdiccional de consulta, si operó o no el fenómeno de la prescripción.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 21, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 8 de diciembre de 1965.
- A folio 51, formulario de afiliación en Colmena el 17 de octubre de 1996.
- A folio 52, reporte SIAFP.
- A folio 69, formulario de afiliación en Colfondos el 15 de junio de 2000.
- Historia laboral en Protección.
- Comunicado de prensa.
- Expediente administrativo del demandante.
- Interrogatorio.

## **Caso Concreto**

El apoderado de Protección apeló la sentencia al considerar que no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 31 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 282.86 semanas cotizadas al sistema (f.º 21 y 51), no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Colmena hoy Protección de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del gestor al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en*

*consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables"*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de*

*progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1°. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las

normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente 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»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de lo expuesto en el interrogatorio por el demandante cuando señaló que se ha enterado por familiares que en Colpensiones se obtiene un valor de pensión superior a la de los fondos privados.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1996, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”*

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PROTECCIÓN S.A. relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración y seguro previsional**, pese a que de manera expresa no se impuso dicha orden a esa administradora en la parte resolutive de la sentencia, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales y adicionar la sentencia para imponer dicha obligación a cargo de PROTECCIÓN.

Con relación a la excepción de **prescripción** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, lo cual se aplica a los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado y se adicionará en lo concerniente a indicar que PROTECCIÓN también deberá devolver los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales descontados durante el periodo que el demandante estuvo vinculado a dicha AFP, debidamente indexados, orden de devolución sobre los mismos conceptos debidamente indexados que se extiende también a COLFONDOS y a cargo de sus propios recursos.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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** la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, en el sentido de indicar que COLFONDOS Y PROTECCIÓN deben devolver los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales debidamente indexados y a cargo de sus propios recursos.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

**TERCERO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 028 2019 00569 01**

**De: ORLANDO RINCÓN CASTILLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** GENARO ALEJO FRANCO GAVIRIA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS, SKANDIA Y PROTECCIÓN.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 024 2020 00035 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de SKANDIA, PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada a COLFONDOS el 28 de febrero de 2001, a SKANDIA el 28 de enero de 2014, a PROTECCIÓN el 24 de septiembre de 2014, y, como consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN a trasladar los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos causados al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se ordene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, sin solución de continuidad en el RPM, se condene al pago de las costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones en que nació el 7 de enero de 1959, cotizó al ISS desde el 27 de noviembre de 1990 hasta el 28 de febrero de 2001, se afilió a COLFONDOS el 28 de febrero de 2001, por la información engañosa suministrada por el asesor, quien le dijo que iba a tener la garantía de pensionarse más joven, pero no le informó sobre los requisitos de la pensión anticipada, como tampoco sobre las condiciones para acceder a las diferentes prestaciones económicas del RAIS y las variables que incidirían en el valor de la pensión de vejez, entre otros, aspectos indispensables para la toma de la decisión de trasladarse de régimen pensional. Se trasladó a SKANDIA y posteriormente a PROTECCIÓN. Presentó solicitudes de nulidad de afiliación a los fondos y petición de traslado a COLPENSIONES, peticiones respecto de las cuales recibió respuesta negativa.

**COLPENSIONES** procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas porque el traslado realizado por el demandante a la AFP COLFONDOS se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y espontánea, así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho. Aunado a que el traslado de régimen se encuentra limitado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para los afiliados que pretendan trasladarse dentro de los 10 anteriores al cumplimiento de la edad mínima, justificada por el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Presentó las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP 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; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 2 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción e innominada o genérica.

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de COLPENSIONES, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica.

**PROTECCIÓN** contestó la demanda con oposición a las pretensiones que la involucren, en especial a que se declare la nulidad del traslado porque es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual tiene la naturaleza de un verdadero contrato que generó derechos y obligaciones entre las partes; la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento en la medida en que se realizó de manera libre y voluntaria.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; e innominada o genérica.

**SKANDIA** contestó la demanda, se opuso a las pretensiones en las que se pretenda hacer recaer en la entidad, porque al momento de afiliarse el demandante a la entidad le era plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 para quienes están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

Presentó las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción; buena fe y genérica.

**COLFONDOS** contestó la demanda con oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en la que se le involucre y en especial a que se declare la nulidad del traslado de la demandante a COLFONDOS.

Presentó las excepciones de buena fe, innominada o genérica, y pago o compensación.

## DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación a del demandante a la AFP COLFONDOS suscrito el 28 de febrero de 2001, declaró que para todos los efectos legales nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración. Ordenó a SKANDIA y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES lo que haya deducido de los aportes efectuados por el demandante por gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de la AFP PROTECCIÓN; declaró no probadas las excepciones, no condenó en costas.

## RECURSO DE APELACIÓN

**SKANDIA** presentó recurso de apelación de manera parcial contra el numeral cuarto de la sentencia, para que se revoque la orden de devolver los gastos de administración, dado que el Decreto 3995 de 2008 consagra de manera expresa los conceptos que pueden ser objeto de devolución, aunado a que los gastos de administración tienen una destinación específica y se causan en los dos regímenes. Adicionalmente, señala que en caso de confirmarse la decisión se debe revisar el fenómeno de la prescripción, dado que estos derivan una relación con las compañías de seguros y le es aplicable la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

**PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación respecto de la orden de devolver los gastos de administración y los seguros previsionales, porque estos se generan por autorización de la ley tanto para COLPENSIONES como los fondos privados.

**COLPENSIONES** presentó recurso de apelación porque no hubo engaño; no hay detrimento en la situación pensional del accionante porque su pensión se liquida sobre el salario mínimo; se debe realizar una valoración al interrogatorio de parte del que se deduce que el actor conoció de las características básicas del régimen de ahorro privado, lo cual se corrobora con

los varios traslados realizados. En caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se confirme la devolución de todos los componentes de los aportes para poder reconocer las prestaciones.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, si hay lugar a la devolución de gastos de administración y seguro previsional.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- Copia de la cédula de ciudadanía que indica que el demandante nació el 7 de enero de 1959.
- Certificación de traslado aprobado de COLPENSIONES a COLFONDOS el 1 de abril de 2001.
- Reporte semanas cotizadas en COLPENSIONES, 418,57.
- Historia laboral PROTECCIÓN.
- Declaración extraproceso del demandante ante Notario.
- Solicitudes de anulación de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad dirigidas a COLFONDOS, OLD MUTUAL y PROTECCIÓN y sus respectivas respuestas.
- Solicitud de vinculación a COLFONDOS el 28 de febrero de 2001.
- Formulario de afiliación a SKANDIA el 28 de enero de 2014.
- Solicitud de vinculación ING el 25 de octubre de 2012.
- Solicitud de vinculación a PROTECCIÓN el 24 de septiembre de 2014.
- Petición de recibir y tener como afiliado al RPM dirigida a COLPENSIONES y respuesta.
- Expediente administrativo.
- Reporte estado de cuenta.
- Registro SIAFP.
- Carta de validación de la asesoría.
- Comunicados de prensa.
- Estado de cuenta SKANDIA
- Certificación de traslado de SKANDIA.

Interrogatorio de parte.

#### **Caso Concreto**

Los apoderados de SKANDIA, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES apelaron la sentencia al considerar que la decisión de la juez A-Quo no proviene de una adecuada valoración probatoria, no se acreditó el engaño, no procede la devolución de los gastos de administración ni el seguro previsional.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 41 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 418,57 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a COLFONDOS de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por la parte actora en el interrogatorio de parte y motivado porque se pensionaba más joven.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte actora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento de defensa presentado por Colpensiones en la contestación de la demanda, dado el grado jurisdiccional de consulta, y relacionado con que la decisión afecta el esquema financiero del régimen que administra la entidad, porque la parte demandante se encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2°. de la Ley 797 de 2003, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el*

*señalamiento de algunas excepciones,...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las*

*que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que *“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente 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**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas*

*de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal

fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, S11688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación con el objeto de que se revoque la condena de devolución de los gastos de administración y el seguro previsional, es de anotar que su aplicación deriva del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio

de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y por ello, hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Con relación a la excepción de **prescripción** respecto de los gastos de administración, es de señalar que ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra inmerso el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 024 2020 00035 01**

**De: GENARO ALEJO FRANCO GAVIRIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS, SKANDIA Y PROTECCIÓN.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** EMMA PATRICIA RAMIREZ LOSADA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 028 2020 00153 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLFONDOS contra la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada a la AFP PRTECCIÓN para el 1 de octubre de 1999 por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante por cuanto no se cumplió con el deber de información; la de la vinculación COLFONDOS para el mes de marzo de 25 de abril de 2001; que nunca ha efectuado un traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que se encuentra legalmente afiliada a COLPENSIONES. Condenar a PROTECCIÓN y COLFONDOS a registrar en sus sistemas de información que no efectuó ninguna vinculación válida a esas administradoras; a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación; a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual y que consiste en bonos,

aportes, rendimientos, comisiones, etc.; lo ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó las pretensiones en que nació el 1 de julio de 1964; cotizó en COLPENSIONES 403,26 semanas; el 1 de octubre de 1999 se afilió a PROTECCIÓN y posteriormente se trasladó a COLFONDOS, los fondos no le informaron las implicaciones de trasladarse de régimen pensional ni de los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional antes de la afiliación ni durante su permanencia en el régimen de ahorro Individual; radicó solicitud de nulidad y activación de la afiliación al Régimen de prima media con prestación definida, y fue respondida de manera negativa.

**COLFONDOS** contestó la demanda, presentó oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se le involucre y en especial a que se declare la ineficacia del traslado porque no existen presupuestos de hecho ni de derecho, aunado a que suministró información a la demandante de manera integral completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el régimen de Prima Media con prestación definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Presentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto y la de pago; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

**PROTECCIÓN** presentó escrito de contestación de la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, en especial a que se declare la ineficacia o nulidad del traslado de la demandante porque el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; lo cual se deduce el formulario de vinculación suscrito por la demandante. Acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó derechos y obligaciones recíprocas. La manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión

de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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; innominada o genérica y traslado de aportes.

**COLPENSIONES** contestó la demanda, se opuso a las pretensiones porque se evidencia que se proyecta con la acción obtener beneficios económicos; el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 porque la actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e, igualmente, allí cambio de AFP lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el artículo 1754 del C.C.; el afiliado tiene el deber legal de estar pendiente de su status pensional y el afiliado no puede trasladarse de régimen faltándole 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Como excepciones de mérito presentó las de hecho de la víctima/afiliado; perfeccionamiento del acto existente; saneamiento nulidad; protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero; inexistencia del derecho; pago de lo no debido; prescripción y caducidad; innominada o genérica y la excepción no técnica de buena fe.

Si bien PORVENIR fue vinculada de manera errónea al proceso en el auto admisorio de la demanda, se verifica que en la audiencia celebrada el 2 de febrero de 2022 en la etapa de saneamiento del litigio se ordenó su desvinculación del proceso.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito, mediante sentencia de 2 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la Demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de agosto de 1999, por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN, y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Condenó a COLFONDOS a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a las demandadas y fijó como agencias en derecho la suma de \$800.000 para cada una.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLFONDOS** presentó recurso de manera parcial respecto de la condena por devolución de gastos de administración, seguros de invalidez y sobrevivencia porque dichos gastos de administración se encuentran consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y por la gestión de los mismos se generaron los rendimientos. Los seguros de invalidez y sobrevivencia que también se descontaron por orden legal y fueron destinados a cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia y el hecho de que no acaecieran no implica que se genere el reembolso de los mismos.

### **ALEGACIONES**

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las entidades COLPENSIONES y PORVENIR.

Es de anotar, que en la audiencia celebrada el 2 de febrero de 2022 en la etapa de saneamiento del litigio se ordenó la desvinculación del proceso de la AFP PORVENIR por no encontrarse demandada.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si no procede la condena de devolución de gastos de administración y sumas previsionales.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- Copia de la cédula de extranjería, se constata que la demandante nació el 1 de julio de 1964.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 362,29 semanas.
- Historia laboral COLFONDOS.
- Certificaciones de tiempos de servicios.
- Solicitud de vinculación a COLFONDOS el 25 de abril de 2001.
- Solicitud de nulidad de traslado a COLPENSIONES y las Administradoras de fondos de Pensiones y respuestas negativas.
- Formulario vinculación a COLMENA el 3 de agosto de 1999.
- Reporte SIAFP.
- Constancia de traslado de aportes de PROTECCIÓN a COLFONDOS.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo COLPENSIONES

Interrogatorio de parte.

### **Caso Concreto**

El apoderado de COLFONDOS presentó recurso de apelación parcial respecto de la condena de devolución de los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia, por considerar que son descuentos autorizados por la ley 100 de 1993, artículo 20, y cumplieron con el objetivo para los cuales se crearon legalmente.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 35 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 362,29 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte de la demandante que la vinculación a COLMENA la realizó de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la vinculación de la gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la afiliación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento de defensa presentado por COLPENSIONES relacionado con la protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero del Sistema Pensional, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el*

*señalamiento de algunas excepciones,...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por*

*todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información

otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que *“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente 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**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las*

*consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la*

*Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP COLFONDOS S.A. relacionado con la condena de devolución de los **gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia**, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones

jurisprudenciales y adicionar la sentencia para imponer dicha obligación a cargo de PROTECCIÓN.

Con relación a la excepción de **prescripción** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, lo cual se aplica a los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado y se adicionará en lo concerniente a indicar que PROTECCIÓN también deberá devolver los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales descontados durante el periodo que el demandante estuvo vinculado a dicha AFP, debidamente indexados, orden de devolución sobre los mismos conceptos debidamente indexados que se extiende también a COLFONDOS y a cargo de sus propios recursos.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por considerar que no se acreditaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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** la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, en el sentido de indicar que COLFONDOS Y PROTECCIÓN deben devolver los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales debidamente indexados y a cargo de sus propios recursos.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

**TERCERO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 028 2020 00153 01**

**De: EMMA PATRICIA RAMIREZ LOSADA contra  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada