

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2018-00005 -01
Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**
Demandado: **METROKIA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO** promoviese contra **METROKIA S.A.**, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La actora aspira a que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 15 de marzo de 2016 y el 03 de abril de 2017; que le descontaron indebidamente la suma de \$965.976;

Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**

Demandado: **METROKIA S.A.**

que su salario fue de \$3'035.154; que el contrato terminó sin justa causa; que laboraba un dominical cada 15 días, y todos los festivos con excepción del 01 de enero y viernes santo; y que le fue efectuado un descuento ilegal de \$829.170. Como consecuencia de lo anterior, solicita la suma indebidamente descontada; horas extras; dominicales; reajuste de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones; sanción por no consignación de las cesantías; e indemnización moratoria.

Como fundamento relevante de sus pretensiones argumentó que: **1)** Celebró un contrato de trabajo a término fijo con METROKIA S.A. el 15 de marzo de 2017 (sic), para desempeñar las labores de Asesor Comercial; **2)** Devengaba \$616.022 como factor fijo, y en consideración a sus ventas recibía una suma variable; **3)** El 01 de agosto de 2016 se modificó la modalidad contractual, de contrato a término a fijo a indefinido; **4)** Le pagaron sus prestaciones sociales sin tener en cuenta su verdadera base salarial; **5)** Le efectuaron descuentos prohibidos por la ley; **6)** No le pagaban horas extras; y **7)** El 03 de enero de 2017 se afilió a la Confederación Nacional de Trabajadores, siendo nombrada como parte del Comisión de Reclamos el 02 de febrero de 2017, lo que se notificó a su empleador el 29 de marzo del mismo año.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

METROKIA S.A. (fls. 156 a 183), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, y prescripción.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2018-00005 -01
Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**
Demandado: **METROKIA S.A.**

Aceptó la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el cargo y la modalidad en que se ejecutó el mismo y los extremos temporales. Adujo que certificó el salario de la demandante estaba compuesto por un factor fijo de \$616.022, y otro, variable, que dependía de las ventas que realizara; y que el 01 de agosto de 2016.

En su defensa afirmó que pagó todas las obligaciones laborales a su cargo; que los auxilios de movilización, alimentación, celular, y bonificaciones voluntarias no son salario; que los pactos de exclusión salarial son viables conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; y que la simple habitualidad no conlleva a establecer que se está frente a un emolumento salarial.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 27 de enero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la actora, como trabajadora y METROKIA S.A., como empleadora, existió una relación laboral regida por dos contratos así: A término fijo mutado luego a término indefinido, cuyos extremos temporales fueron del 15 de marzo de 2016 al 03 de abril de 2017. Se hace la precisión que la relación laboral estuvo regida por un contrato inicialmente a término fijo y que luego se cambió su modalidad a indefinido entre el 15 de marzo de 2016 al 03 de abril de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido, pago, y prescripción, y **DECLARAR PROBADA** la de buena fe con relación a la sanción moratoria del artículo 65, según las razones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO: DECLARAR NO PRÓSPERAS LAS TACHAS DE SOSPECHA, propuestas a los testigos JHON FABIO BOTERO MONTAÑA y GLORIA CECILIA GARZÓN.

CUARTO: DECLARAR que las denominadas bonificaciones pagadas a la demandante tienen carácter salarial y debieron constituir la base para la liquidación de acreencias sociales a favor de la demandante, según las razones expuestas en precedencia.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**

Demandado: **METROKIA S.A.**

QUINTO: CONDENAR a METROKIA S.A., a pagar a la demandante, los siguientes conceptos y por los valores que a continuación se indican:
a) \$3'312.241, por concepto de reajuste de auxilio de cesantía, sus intereses, primas de servicios y vacaciones;
b) \$5'23.76, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías a un Fondo;
c) \$940.783, por reembolso de descuentos realizados a la demandante por telefonía celular;
d) la indexación de las condenas de los literales a y c desde la fecha de terminación del contrato y hasta cuando se haga efectivo su pago, según las razones expuestas en precedencia.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada en proporción del 80%. En firme la esta sentencia, por Secretaría, practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$2'000.000 M/Cte.

Para lo que interesa al recurso, el fallador de la primera instancia, refirió que no existió controversia en cuanto a que entre las partes se celebró un contrato de trabajo del 15 de marzo de 2016 al 03 de abril de 2017, que inicialmente fue a término fijo y que mutó a término indefinido, para que la actora desempeñara el cargo de Asesora Comercial.

En cuanto a los pagos recibidos por la trabajadora, indicó que si bien las bonificaciones fueron excluidas del salario, se percibían habitualmente y no se encuentra acreditado que fueren percibidas por mera liberalidad, por demás que no es dable considerar que se pactó una suma fija igual al salario mínimo y una suma variable que la sobrepasaba solo por mera liberalidad; y que por lo anterior, hay lugar a reajustar prestaciones sociales y vacaciones, teniendo en cuenta además las comisiones, de las que no hubo controversia en cuanto a su naturaleza salarial.

Adujo que los descuentos efectuados por el concepto "celular asesores" y "consumo celular corporativo", fueron autorizados en el contrato de trabajo, no obstante, se pactaron de forma general y no específica, por lo que, en tal sentido, tal

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2018-00005 -01
Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**
Demandado: **METROKIA S.A.**

cláusula resulta leonina; que aunado a lo anterior, el celular fue una herramienta de trabajo de la actora, de modo que, no podían estar permitidos los descuentos que le fueron efectuados por su uso; y que por lo anterior, se deben efectuar los correspondientes reembolsos de los valores descontados ilegalmente.

En cuanto al reconocimiento de tiempos suplementarios, explicó que no está acreditado tiempo suplementario laborado de forma precisa y clara, que de los testigos no se logra extraer con certeza el tiempo extra laborado por la accionante, pues son indirectos y no son los suficientemente sólidos para tener acreditado tales presupuestos con tales declaraciones; y que el juzgador está vedado para realizar suposiciones o cálculos sobre las mismas.

Dijo que hay lugar a reconocer la sanción por no consignación de las cesantías de 2016, ya que el valor pagado fue muy inferior al que se debió reconocer por parte de la empresa demandada; que no es posible condenar por concepto de indemnización moratoria, ya que, el empleador obró de buena fe, pagó el valor que consideraba adeudarle a su trabajador a título de prestaciones sociales; y que consecuentemente lo que hay lugar es a reconocer las condenas debidamente indexadas.

En último término manifestó, respecto de los folios 86 a 99 que, si bien fueron desconocidos, no se logró acreditar su falta de veracidad, no obstante, se demostró que eran pre-nóminas y que se pagaban comisiones, las que eran salario y se tenían en cuenta para liquidar prestaciones sociales; y que no operó el fenómeno de la prescripción, dado que, frente a ninguna acreencia laboral transcurrió más de tres años entre su causación y la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

METROKIA S.A.

Señaló que la carga de demostrar que las bonificaciones tienen incidencia salarial recae en la parte actora, ya que, según el Código General del Proceso tal carga probatoria incumbe en quien alega los hechos en el proceso, salvo que la ley lo exceptúe; que no se logró demostrar que las bonificaciones tenían carácter salarial, incluso se acreditó que se pagaban por mera liberalidad y que no se reconocían por las funciones que la accionante ejecutó; que del interrogatorio de parte de la actora se logra extraer que no había otro estímulo en adición a las comisiones, que todos los trabajadores – incluyendo la parte administrativa– percibían bonificaciones, que podía ofrecer accesorios y pólizas que se materializaban con terceros respecto de los cuales, la actora firmó contrato de corretaje; que de la testigo Gloria Garzón es dable extraer también que las bonificaciones no hacían parte del salario, como sí lo era el pago de comisiones, y que las bonificaciones se manejaban de manera confidencial; y que la habitualidad no es un elemento para establecer lo que es salario sino solamente el rubro pagado constituye contraprestación del servicio según criterio de la Corte Suprema de Justicia.

Indicó que si bien se logró demostrar en juicio que la telefonía celular era salario en especie y que se hacían aportes al sistema de seguridad social teniendo en cuenta estos valores, esto no implica un comportamiento ilícito del empleador al efectuar descuentos por tal rubro, toda vez que existió un acuerdo entre las partes y la accionante autorizó tal descuento, lo que también encuentra soporte en la declaración de Gloria Garzón; y que no hay lugar a indexación de revocarse las condenas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2018-00005 -01
Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**
Demandado: **METROKIA S.A.**

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación y posteriormente se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas.

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

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar i) si las bonificaciones constituyen salario; y ii) si los descuentos efectuados por el empleador, por concepto de telefonía celular se hicieron de manera ilegal.

SALARIO.

El artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del*

trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”.

Es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, por citar algunas.

Del mismo modo, la jurisprudencia de cierre tiene sentado que, **es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente**, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (SL12220-2017, SL1437-2018, SL5159-2018, y SL4663-2021).

En sentencia SL4866-2020, se indicó que:

“al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.”//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2018-00005 -01

Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**

Demandado: **METROKIA S.A.**

descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico”.

De otro lado, recuérdese que los **beneficios por mera liberalidad** son aquellos que se pagan por mera gracia del empleador, no tienen origen en el contrato de trabajo, reglamento interno, o convención o pacto colectivo, tal y como lo dicho reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias como las del 08 de mayo de 2014, Rad. 42970, reiterada el 24 de febrero de 2016 y el 23 de agosto de 2017, Rads. 51716 y SL3203-2016, respectivamente.

Por otra parte, y en relación con los **descuentos efectuados por el empleador al trabajador**, la normativa sustantiva laboral establece que las deducciones del salario por parte de aquél únicamente se pueden efectuar cuando existe una orden o autorización suscrita por el trabajador en cada caso, siempre que no afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por ley. Sobre el tópico el artículo 149 del C.S.T. establece:

“Artículo 149. Descuentos prohibidos:

1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin **orden suscrita por el trabajador, para cada caso**, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.

(...)” (Negrillas por la Sala).

Y frente al entendimiento de tal disposición la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 febrero de 2013, Rad. 39980, expuso que las deducciones realizadas luego de terminada la relación laboral no requieren autorización escrita de descuento, pues la prohibición de descuentos sin autorización **tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo**, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador; pero para el momento de terminación del contrato la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleado. Recientemente en sentencias SL868-2020 y SL735-2021, dijo:

“A fin de precisar el criterio jurídico que ha adocinado esta Sala sobre el correcto alcance de los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Corporación memora que ya se han emitido diferentes pronunciamientos dejando claro que, aunque la legislación laboral propende por la protección de los derechos de los subordinados a fin de que no se presenten descuentos arbitrarios por parte de sus empleadores, ello no quiere decir que se esté exonerando a los trabajadores de cumplir sus obligaciones y deberes contraídos legítimamente con su contratante, porque sería tanto como obstaculizar la ayuda que los empresarios pueden prestarle a sus trabajadores a través de préstamos, lo que va en contravía de la pretensión del legislador.

Además, ésta Corte igualmente señaló que los descuentos no autorizados por el asalariado no son legales mientras se encuentre vigente la relación laboral, pero una vez ésta termine, no tiene la misma connotación, porque también desaparece la garantía para el crédito otorgado por el empleador, que lo es el salario y las prestaciones sociales. En consecuencia, los contratantes vuelven «al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual».

VI. DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2018-00005 -01
Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**
Demandado: **METROKIA S.A.**

No son objeto de controversia en el proceso los hechos relativos a la existencia de la relación laboral entre las partes regida por un contrato a término indefinido desde el 15 de marzo de 2016, el cargo de asesora comercial desempeñado por la activa, la modalidad de salario fijo y variable en atención a la comisión por ventas; (fl 62 a 73); la suscripción de un otro si entre las partes en el que se dispuso que se pagaría una gratificación o bonificación a la trabajadora por mera liberalidad, señalándose que esta podría ser de carácter periódico mensual; que tiene como fin hacer un reconocimiento desinteresado, libre y altruista; y que no tiene incidencia salarial (fls. 192 y 193) y que el 3 de abril de 2017, METROKIA S.A. dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante (fls.103 a 106).

- i) El 15 de marzo de 2016, María del Pilar Ramírez Molano suscribió contrato de trabajo a término fijo con METROKIA S.A., por el término de cuatro meses para desempeñar las funciones de Asesora Comercial, pactándose que devengaría un salario fijo y uno variable, la suma fija por valor de \$616.022, y la suma variable consistente en comisiones por ventas. Igualmente, se determinó que en caso que la actora adeudara a la empresa alguna suma de dinero, este se le podía descontar de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, e indemnizaciones (fls.67 a 73).
- ii) Conforme comprobantes de pago la accionante devengó bonificaciones no salariales desde mayo de 2016 hasta abril de 2017, y se le efectuaban descuentos por conceptos de “consumos celulares corporativo” y “celulares asesores” (fls. 214 a 222).

Durante la etapa probatoria se recibieron las declaraciones de **John Fabio Botero Montaña, Manuel Guillermo Henao**

Corrales, y Gloria Cecilia Garzón, y se decretó como documental la prueba de folios 67 a 121, 184 a 196, y 213 a 258.

Pues bien. Tal como ya se dijo en líneas anteriores de esta decisión, en el caso bajo estudio no es objeto de controversia que la demandante recibió del empleador un rubro por concepto de "bonificación"; lo que sí es motivo de desacuerdo es, si en últimas ello es o no salario y de quién es la carga de demostrar lo anterior, por cuanto la pasiva y recurrente afirma que ello le correspondía a la parte actora, por cuanto dichos emolumentos se pagaban por mera liberalidad del empleador.

Teniendo en cuenta los argumentos de la alzada y la revisión exhaustiva del material probatorio arrimado al expediente, la Sala concluye que no le asiste razón al recurrente en sus dichos, por cuanto en primer lugar y conforme al precedente jurisprudencial aludido, al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, de manera que si el empleador desea librarse de los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, es su carga de la prueba demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.

Conforme lo anterior, y de conformidad con la prueba documental de folios 214 a 222, es dable establecer la habitualidad de los pagos recibidos, pues la actora devengó bonificaciones no salariales desde mayo de 2016 hasta abril de 2017, esto es, es de forma habitual y periódica, durante toda la vigencia del contrato, salvo los meses de marzo y abril de 2016, es decir, los primeros dos meses de la relación laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2018-00005 -01
Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**
Demandado: **METROKIA S.A.**

De otro lado, en cuanto a la carga probatoria que le correspondía al empleador, se tiene que las bonificaciones correspondían - según la testigo Gloria Cecilia Garzón - a rendimientos financieros y que el asesor en todo caso podía ofrecer accesorios de vehículos, testigo que además señaló que por la venta de estos se reconocían premios que estaban plasmados en un plan de premios; declaración que resulta conteste con el **interrogatorio de parte de la accionante**, quien manifestó que las bonificaciones correspondían a los beneficios que les reconocían por los créditos pagados por entidades financieras por la venta de pólizas y accesorios adicionales que se lograban vender por parte del Asesor Comercial.

De esta manera, considera la Sala que el empleador no logró acreditar que las bonificaciones entregadas a la demandante no fueran salario, y contrario a ello, se encuentra acreditado que se pagaban, especialmente, por la venta de accesorios de vehículos, por lo que, en tal sentido es dable entender que eran remuneraciones efectuadas como contraprestación del servicio; por demás que conforme a las sentencias del 08 de mayo de 2014, Rad. 42970, reiterada el 24 de febrero de 2016 y el 23 de agosto de 2017, Rads. 51716 y SL3203-2016, respectivamente, los beneficios por mera liberalidad son aquellos que se pagan por mera gracia del empleador, sin embargo, y como quedó visto los pagos aquí reconocidos no sólo fueron plasmados en el contrato de trabajo (ver fls 192 y 193) sino que además tuvieron como fin pagar por servicios que la accionante desplegaba.

Del mismo modo, se hace imperativo resaltar que en ningún momento la accionante confesó que las bonificaciones no tuvieran incidencia salarial pues ésta fue contundente en afirmar que a su juicio eran salario. Por tanto, se considera acertada la

decisión del A Quo de tener las bonificaciones como salario y en consecuencia tal decisión se confirmará.

Por otra parte, y en lo referente a los **descuentos** alega la parte demandada que estos se encontraban plenamente justificados y que eran salario en especie. Al respecto, la testigo Gloria Cecilia Garzón adujo que los pagos por telefonía celular aparecían como salario variado, sin embargo, y acudiendo a los comprobantes de pago de folios 214 a 222, se tiene que los conceptos de “consumos celular corporativo” y “celular asesores” eran deducciones, por lo que, para que se pudieran legalmente efectuar era necesario que su aprobación por parte del trabajador se efectuara en cada caso, siempre y cuando estos se presentaran durante la vigencia del contrato de trabajo, recuérdese que el numeral 1 del artículo 149 del C.S.T. establece que *“el empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial”*.

Sobre el tópico, se avizora en los comprobantes de pago aludidos, que los descuentos se realizaron todos los meses de la relación laboral, así mismo, se observa que en el plenario no obra orden suscrita por el trabajador para que se le efectuaran descuentos por concepto de “consumos celular corporativo” y “celular asesores”, pues si bien en el contrato de trabajo se hace alusión a que si la actora adeuda a la empresa alguna suma de dinero, ésta puede descontarla de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, e indemnizaciones, lo cierto del caso es que era necesario que por cada concepto a debitar resultaba imperativo que la trabajadora suscribiera la correspondiente autorización de descuento.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2018-00005 -01

Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**

Demandado: **METROKIA S.A.**

De esta manera, le asiste razón al A Quo cuando hace alusión a que la cláusula plasmada en el contrato de trabajo y en el que se autorizaban deducciones, resultaba genérica y por ende, insuficiente para determinar que el trabajador las autorizó debidamente.

Finalmente, y en relación con la **indexación**, la Sala considera que le asiste razón al A Quo al imponer su condena, al verse sometida a la pérdida del poder adquisitivo los reconocimientos económicos efectuados (sentencias SL194-2019 y SL3397-2020).

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ MOLANO.**

Demandado: **METROKIA S.A.**

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

AUTO

Téngase como apoderada sustituta de la **U.G.P.P.**, a la Dra. Mariana Galindo Ruíz, identificada con C.C. 1.032.437.264 y T.P. No. 253.070 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución de poder a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, así como estudiar en el Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **ORLANDO REYES CÁRDENAS** promoviese contra la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare que laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01/07/1977 hasta el 27/06/1999 y que es beneficiario de la convención colectiva 1998-1999. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional, a partir del 25 de septiembre de 2015, en cuantía del 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios debidamente actualizado; indexación de primera mesada pensional; las mesadas adicionales de junio y diciembre y la actualización de las condenas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones la activa argumenta que: **1)** Laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 01 de julio de 1977 al 27 de junio de 1999; **2)** Su último cargo fue el de Auxiliar de Oficina VI Grado 06 en la Secretaria General, siendo su último salario promedio el de \$1.172.404; **3)** Estuvo afiliado a Sintracreditario y fue beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y dicho sindicato para el periodo 1998-1999; **4)** Dicha Convención se hallaba vigente al momento de su despido; **5)** La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero dio por terminado su contrato de trabajo sin que mediara justa causa; **6)** Cumplió 55 años el 25 de septiembre de 2015; **7)** Solicitó su pensión el 17 de septiembre de 2018 mediante escrito radicado bajo el número 201850052919802.

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada en debida forma, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** (fls. 80 a 93), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó: a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del sistema general de seguridad social en pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos, prescripción, buena fe, falta de competencia y falta de agotamiento de la reclamación administrativa y la innominada.

Precisó que el demandante no cumple con los requisitos consagrados en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, pues no solicitó dentro del término establecido en esta el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Expuso que en el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron disposiciones frente a las Convenciones Colectivas y teniéndolas en cuenta, se observa que el demandante cumplió 55 años el 25 de septiembre de 2015, razón por la que no es procedente la prestación solicitada, toda vez que no cumplió con el requisito de edad antes del 31 de julio de 2010.

Concluyó diciendo que, conforme a las normas y la jurisprudencia, las Convenciones Colectivas con establecimiento de derechos pensionales, perdieron vigencia por orden de la misma Constitución, en su artículo 48 modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, a más tardar el 31 de julio de 2010.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, en la cual declaró que el demandante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 01/07/1977 al 27/06/1999 y condenó a la UGPP al reconocimiento y pago de la pensión convencional consagrada en el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 a partir del 25 de septiembre de 2015, en cuantía de \$1.990.830, junto con los incrementos adicionales y en 14 mesadas al año, debidamente indexado hasta la fecha del pago, autorizando a la accionada a descontar lo pertinente para el Sistema General en Salud y declaró no probada la excepción de prescripción.

En síntesis, expuso que, para estudiar las pretensiones de la presente, se debe acudir a la Convención Colectiva de los años 1998-1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y Sintracreditario, la cual obra en el expediente y cuenta con nota de depósito, resultando aplicable al demandante al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de dicho documento y en el certificado de afiliación allegado.

Precisó que, la pensión convencional se encuentra contenida en el artículo 41 de la Convención en cita y para ser beneficiario de la misma se requiere demostrar que prestó servicios por 20 años, pudiendo acceder a la misma cuando cumpla 55 años; indicó que estos requisitos han sido objeto de estudio por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 289 y SL 3197 del 2018, oportunidad en la que se indicó que la Sala encontraba acertado el alcance sostenido por el allí recurrente, el cual debe dársele al parágrafo 1° del artículo 41 de la pluricitada Convención, en el

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

sentido que el derecho a la pensión de jubilación allí consagrado, se causa con el retiro del trabajador por voluntad propia o decisión del empleador, siempre que para esa data se haya laborado un mínimo de 20 años, y que el cumplimiento de los 55 años, en el caso de los hombres, es una condición para su goce o disfrute, es decir para su exigibilidad, interpretación que se acompasa con la que esa Corporación ha hecho con respecto a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario contenida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, sin que exista razón que justifique hacer un predicamento diferente.

Continuó diciendo que también la Corte ha indicado que la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en las convenciones, pactos, laudos y acuerdos, no comporta la pérdida de derechos válidamente adquiridos mientras estas reglas estuvieron en vigor, tesis aplicable en estos casos, pues como se dijo, la edad constituía únicamente un requisito de exigibilidad de la pensión.

Frente al caso concreto expuso, que se encontró acreditado que el demandante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, pues laboró del 01/07/1977 al 27/06/1999, cumpliendo a cabalidad el tiempo exigido de lo cual se desprende que al momento del retiro del accionante, se encontraba causado su derecho pensional, quedando sujeto simplemente al cumplimiento de la edad, respecto de la cual se tuvo que el actor cumplió la edad de 55 años el 25 de septiembre de 2015.

De otro lado, respecto del IBL indicó que el parágrafo tercero del artículo 41 de la Convención Colectiva reguló la forma de liquidar la pensión y de las pruebas arrimadas al plenario se tiene que, conforme la certificación emitida por el Ministerio de

Agricultura y Desarrollo, el salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicios fue la suma de \$1.172.404 pesos, valor que debe ser indexado al año 2015, momento para el cual el demandante cumplió 55 años.

Adujo que el criterio imperante de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de la indexación, es el consignado en las sentencias SL 736 de 2013 y SL 1556 del 2017, por lo que, efectuadas las operaciones matemáticas correspondientes, se tiene que el valor actualizado al 2015 corresponde a la suma de \$2.654.440 al que le es aplicable una tasa de reemplazo del 75%, lo que arroja la suma de \$1.990.830 pesos y en tal sentido le asiste al demandante el derecho al reconocimiento de la primera mesada pensional convencional a partir del 25 de septiembre de 2015 por la suma de \$1.990.830 pesos.

Finalmente, en cuanto a las mesadas adicionales expuso que, como quiera que la causación del derecho tuvo lugar de manera previa a la emisión del Acto Legislativo 01 de 2005, al demandante la asiste el derecho al reconocimiento de las mesadas adicionales, recalcando que en este caso el fenómeno prescriptivo no acaeció, pues la prestación se hizo exigible al momento en que el actor cumplió los 55 años, esto es el 25 de septiembre de 2015 y el reclamo lo realizó el 17 de septiembre del 2018 y la demanda fue presentada el 8 de febrero de 2019, no habiendo transcurrido los tres años que exige la ley.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **U.G.P.P.**, indicó que, para la Convención Colectiva existen unos requisitos que en este caso no se cumplieron, resaltando que el tema de la edad es un requisito que se cumplió

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

excediendo el último plazo que se tenía que era el 31 de julio de 2010.

Por lo anterior, argumentó, no se cumpliría el Acto Legislativo 01 de 2005 y el actor no estaría inmerso dentro de las condiciones contempladas en la Convención Colectiva suscrita para los trabajadores oficiales del año 1998-1999.

Actuación procesal en segunda instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto del 21 de julio de 2021, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

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

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

V. CONSIDERACIONES

Conforme los antecedentes señalados, advierte la Sala que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si hay lugar a reconocer una pensión de jubilación convencional a favor de Orlando Reyes Cárdenas, pese a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005 y si ello es así, si cumple con los requisitos para acceder a dicha prestación.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL.

La pensión de jubilación convencional es una prestación económica que se encuentra establecida en una convención colectiva de trabajo, cuyo objeto es retribuir los servicios prestados durante la vida activa laboral de un trabajador a una empresa privada o una entidad del sector público.

En relación con la interpretación de los acuerdos convencionales ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que son las partes a quienes les corresponde fijar el sentido y alcance de los acuerdos convencionales y, desde luego, excepcionalmente, a los jueces laborales, teniendo en cuenta la preceptiva contenida en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. En aplicación de esa normativa, la Corte ha explicado que cuando una norma de naturaleza convencional permite razonablemente varias interpretaciones, frente a cualquiera que escoja el juzgador de instancia, no se incurre en yerro alguno (CSJ SL4485-2018, CSJ SL953-2019).

En efecto, esta Sala ha precisado que «la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que le da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles», pero que, a la vez, niega la validez de lecturas no aceptables, que «traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas».

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

En ese sentido, la apreciación de las convenciones colectivas de trabajo no puede ser plenamente libre o arbitraria para las partes, de manera que conduzca a cualquier resultado, «sino que debe inscribirse dentro de un contexto jurídico y social preciso, al que debe guardar lealtad y con el que debe conjugarse de manera consecuente y armónica, más cuando se trata de la administración de recursos de naturaleza pública» (CSJ SL351-2018).

La misma Corporación, en sentencia del 23 de enero de 2009, Rad. 30077, reiterada el 14 de agosto de 2013 y 09 de septiembre de 2015, Rads. 51573 y 47803, respectivamente, y recientemente en la sentencia **SL5103-2020**, la misma Corporación manifestó que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no se puede acordar en pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales o acto jurídico alguno, regímenes pensionales diferentes a los establecidos en las leyes que regulan el sistema general de pensiones, por lo que, no es lícito que los convenios colectivos de trabajo o actos jurídicos de cualquier clase establezcan sistemas pensionales distintos al implementado por la ley, aun cuando sean más favorables a los trabajadores.

En igual sentido, la H. Corte ha expuesto que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, los convenios colectivos, laudos o acuerdos mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado; que no pueden pactarse condiciones pensionales más favorables a las que se encontraren vigentes; y que en todo caso tales condiciones pierden vigencia el 31 de julio de 2010.

Y en la sentencia del 31 de enero de 2007, SL 31000, reiterada en sentencia SL 30077 del 23 enero de 2009, SL 39797 del 24 de abril de 2012, SL1409-2015, SL4963-2016 y SL3780-2018, la Alta Corporación interpretó las anteriores disposiciones estableciendo las siguientes reglas:

a) El "término inicialmente estipulado" hace alusión a que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado". Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.

b) En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

c) Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3° transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo".

De esta manera, es claro tal y como lo dijera el órgano de Cierre en su especialidad laboral en sentencia del 09 de agosto de 2017, Rad. 49765, que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., las reglas pensionales subsistirán hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite para la supervivencia de los beneficios pensionales extralegales.

Así mismo, y en relación con la aplicación del Acto Legislativo en estudio, en sentencia SU-555 de 2014, la H. Corte Constitucional expuso que el enunciado "*no podrán extenderse más allá del 31 de julio de 2010*" se ajusta a las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., pues lo que encomendó el Comité Sindical de dicha organización, es que las

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

pensiones convencionales que tengan reglas de carácter pensional mantengan sus efectos hasta la fecha de su vencimiento, es decir, que se respeten los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, escenario que es lo mismo que garantiza el Acto Legislativo 01 de 2005, donde se establece una regla para derechos adquiridos y una regla de transición para que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.

Igualmente, en la sentencia SU-241 de 2015 la máxima Corporación Constitucional estableció: i) si una pensión es reconocida conforme a derecho no puede congelarse, reducirse ni dejarse de pagar, aunque provenga de un régimen especial. En efecto, a pesar de que la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la vigencia de los regímenes pensionales especiales existentes hasta el 31 de julio de 2010 y prohibió la creación de otros nuevos, ordenó el respeto de los derechos adquiridos, salvo fraude a la ley; ii) la prohibición de diseñar nuevos regímenes pensionales especiales opera hacia el futuro, es decir desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 (25 de julio de 2005, día de su publicación); iii) la vigencia de los regímenes pensionales especiales, exceptuados y similares expiró el 31 de julio de 2010; y iv) las reglas pensionales vigentes al momento de expedir el Acto Legislativo, incluidas las contenidas en las convenciones colectivas, se mantendrán por el término inicialmente estipulado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

En el asunto bajo estudio no son objeto de discusión los siguientes hechos:

- i) José Orlando Reyes Cárdenas nació el 25 de septiembre de 1960 (fl. 3 y 4);
- ii) El demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 01 de julio de 1977 al 27 de junio de 1999 (fl. 5);
- iii) Entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el empleador del demandante, se suscribió la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, que tiene sello de depósito ante el respectivo Ministerio el día 17 de abril de 1998 (fls. 11 a 48);
- iv) El demandante estuvo afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y fue beneficiario de la C.C.T., ya referenciada (fl. 10);
- v) El 17 de septiembre de 2018, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión convencional a la **U.G.P.P.** (fl. 6 a 9), empero fue negada mediante la Resolución RDP 000761 de 14 de enero de 2019, por cuanto las pensiones convencionales fueron excluidas del ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 (fls. 93).

Sentadas las anteriores premisas, la Sala pasa a verificar la cláusula 41 de la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores- SINTRACREDITARIO (fl. 22 vto a 23) por ser el fundamento de las pretensiones de la demanda. Al respecto, la citada norma indica:

“ARTÍCULO 41o. PENSION DE JUBILACIÓN REQUISITOS.

A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria cuando cumplan veinte (20) años de servicio

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados, la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha Ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución (...)."

Así las cosas, el entendimiento que se logra deducir del parágrafo de la norma en estudio, es que los trabajadores que se retiren del servicio antes del cumplimiento de la edad, esto es, 55 años, tendrán derecho a la pensión de jubilación, siempre y cuando hayan cumplido 20 años de servicios.

Al respecto, es claro que el accionante prestó por más de 20 años sus servicios, puesto que, como se dijo, laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 01 de julio de 1977 al 27 de junio de 1999, lo que equivale a 21 años, 11 meses, y 26 días.

Ahora bien, en lo que respecta al **requisito del cumplimiento de la edad**, ha sido la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia quien ha establecido que resulta razonable el entendimiento que hizo el sentenciador de primer grado, es decir, que la edad de 55 años es un requisito de disfrute y no de causación. Al punto, en sentencias, SL2297-2021, se dijo:

"Sobre el alcance de dicha disposición convencional, debe señalarse que ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, como por ejemplo en la sentencia CSJ SL5030-2019, en donde se sostuvo, que la intelección de este artículo 41, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística consiste en que: i) se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es decir, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; ii) que para la

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y *iii*) que el disfrute o goce de la prestación se configura, cuando el ex trabajador arriba a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

En similar sentido, esta Corporación en la sentencia CSJ SL526-2018, puntualizó:

[...] en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...] Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

[...] **Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la**

desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador”.

Por lo expuesto, la Sala comparte la decisión de la juez de primera instancia en el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a favor de José Orlando Reyes Cárdenas, ya que su prestación quedó causada desde el momento en que acreditó 20 años de servicios y se retiró de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, el 27 de junio de 1999, por lo que no le eran aplicables las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

FECHA DE RECONOCIMIENTO Y VALOR DE LA MESADA INICIAL.

Como se ha explicado la edad es un requisito para el disfrute de la prestación de vejez, por lo que a partir del momento en que el demandante cumplió la edad de 55 años, era viable el disfrute de la misma. Por tanto, y dado que el accionante alcanzó la edad de 55 años el 25 de septiembre de 2015, pues nació el mismo día y mes de 1960, hay lugar a su reconocimiento a partir de la primera fecha en mención, tal y como lo dispuso la jueza de primera instancia.

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801
Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**
Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

Por otra parte, y en lo referente al valor de la mesada inicial, el parágrafo 3° del artículo 41 convencional establece lo siguiente:

“PARÁGRAFO 3°. La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo. Último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.

Segundo Factor. Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más, y el valor de la sobreremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido”

De conformidad con la norma transcrita, la Sala efectuó los cálculos de rigor tomado el promedio de lo devengado en el último año de servicios e indexó la primera mesada pensional, obteniendo los siguientes resultados:

Primer factor – fijo:

Sueldo básico	\$591.307
Prima de antigüedad	\$195.132
Total factor 1	\$786.439

Segundo factor – valores variables:

Salario en especie	\$728.080
--------------------	-----------

Prima semestral	\$17.829
Prima semestral	\$1.436.206
Prima semestral	\$1.257.289
Prima habitual	\$426.200
Prima habitual	\$765.976
Subtotal factor 2	\$4.631.580
Total factor 2	\$385.965

VALOR	IPC inicial 1999 (A)	IPC final 2015 (B)	B/A	B/A * K
\$ 1.172.404	36,42	82.47	2,26	\$ 2.649.633,04
TASA DE REEMPLAZO			75%	\$ 1.987.224,78

De esta manera, tenemos que el valor reconocido por la A Quo, **\$1.990.830**, es ligeramente superior al valor resultante en esta instancia **\$1.987.224,78**, por lo habrá de **MODIFICARSE** dicha suma.

MESADA CATORCE.

Al respecto, se considera acertada la condena impuesta por la A Quo de reconocer catorce mesadas, como quiera que la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no se vio afectada por tal normatividad, recuérdese que el inciso 8° del acto legislativo en mención dispuso que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año.

PRESCRIPCIÓN.

El artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o

Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el plenario, encontramos que la prestación se reclamó el 17 de septiembre de 2018 y la demanda se presentó el 08 de febrero del 2019, con lo que en este caso no operó el fenómeno prescriptivo.

INDEXACIÓN.

La Sala considera acertada su condena, dado que al momento en que se haga efectivo el pago de las correspondientes mesadas pensionales, su valor se podría verse sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Por lo brevemente expuesto, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado, para tener como cuantía inicial de la prestación reconocida la suma de **\$1.987.224,78**. En todo lo demás se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada y consultada.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR la sentencia de origen y fecha conocidos, para tener como cuantía inicial de la prestación reconocida la suma de **\$1.987.224,78**, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

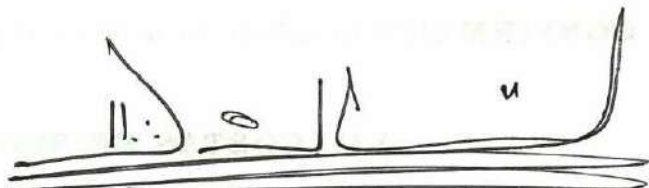
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

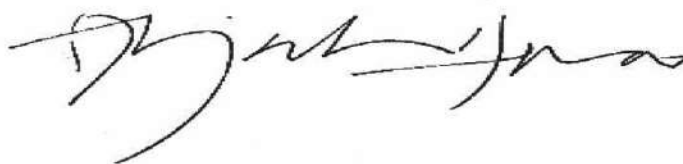
Código Único de Identificación: 11001310502220190010801

Demandante: **ORLANDO REYES CÁRDENAS**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

AUTO

Tener por reasumido el poder otorgado a la doctora Claudia Liliana Vela, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, y como apoderado sustituto de esta entidad reconocer al Dr. Andrés Zahir Carrillo Trujillo, identificado con T.P. No. 267.746 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a él conferida.

SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte DEMANDANTE, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ANA**

CLARA ZAPATA promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de Colfondos S.A., y que como consecuencia de ello se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro de la actora, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional y a esta última a recibir dichos dineros.

Como fundamento relevante de sus pretensiones narró que:

1) Se afilió al sistema de seguridad social en pensiones en el mes de julio de 1982; **2)** Cotizó 167.57 semanas al ISS entre el 22 de abril de 1988 al 31 de diciembre de 1998; **3)** Durante su permanencia en el RPM cotizó 523.39 semanas; **4)** En el mes de diciembre de 1998, un asesor de Colfondos S.A. le ofrece la posibilidad de vincularse a esa AFP y realizar el traslado de régimen pensional; **5)** El promotor de Colfondos S.A. no le suministró información clara, cierta y suficiente en cuanto a las características de los regímenes pensionales, **6)** Al 25 de julio de 2005 tenía cotizadas 862 semanas; **7)** Cumplió 55 años en agosto de 2010 y tenía cotizadas más de 1.000 semanas; **8)** Mediante su apoderado judicial presentó petición ante Colfondos S.A. el día 13 de octubre de 2018, la cual fue respondida el 09 de noviembre del mismo año; **13)** El 24 de octubre de 2018 presenta solicitud de vinculación ante Colpensiones; **14)** Mediante oficio del 7 de noviembre de 2018, Colpensiones niega su solicitud, argumentando que no cuenta con los 15 años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 78 a 97) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Precisó que la solicitud de traslado al RPM se presentó ante Colpensiones el 24 de octubre de 2018, fecha para la cual, la demandante contaba con 63 años, concluyéndose que ya cumplía la edad de estatus pensional y, ya que no cuenta con 15 años de servicios correspondientes a 750 semanas sino 104.86 semanas para el 1° de abril de 1994, resultaría improcedente su traslado.

Finalmente, indicó que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y Colfondos S.A., por lo que no existió injerencia alguna por parte de la entidad para que la accionante tomara la decisión de trasladarse, por ello, en caso de una eventual condena, Colpensiones no estaría llamada a responder.

COLFONDOS S.A. (Fls. 120 a 149), se opuso a las pretensiones presentadas en su contra, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada.

Expuso que esa AFP informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a la entidad, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad y dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada persona, lo que ocurrió en este caso, lo cual queda demostrado, toda vez que al suscribir el formulario de afiliación la demandante dejó constancia que su elección fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones.

Refirió que, en caso de llegarse a la conclusión de que la vinculación de la actora al RAIS se encuentra viciada de nulidad relativa por los vicios del consentimiento, cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

Posteriormente, mediante auto proferido en audiencia celebrada el 4 de octubre de 2019, el Juzgado de conocimiento dispuso vincular como litisconsorte necesario a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, entidad que allegó contestación (fls. 184 a 212), oponiéndose a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y presentando las excepciones de fondo 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, 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada.

Adujo que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido.

Indicó que, tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de la afiliación, pues Protección S.A. jamás ha ejercido ni ejerce, ni ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a esta AFP, y nunca ha atentado contra el derecho de la demandante a la selección libre, voluntaria y espontánea del organismo de seguridad social al que quiso pertenecer, acorde a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que, tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFP con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indicó que la actora no hizo uso ni del derecho de retracto ni de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la accionante no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición.

III. SENTENCIA APELADA

Evacuadas las etapas procesales pertinentes, la **A quo** dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal conclusión expuso que, en el presente asunto no era aplicable la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en cuanto al deber de asesoría de las administradoras del RAIS, pues lo que se ha explicado en todas y cada una de las sentencias que ha proferido la Corte con ocasión de esos traslados, es que se trata de afiliados al ISS quienes se cambiaron a los fondos privados que nacieron con la Ley 100 de 1993 y en las asesorías que se les brindaron, los asesores omitieron brindarle la información correspondiente y faltaron a su deber de asesoría y buen consejo.

Expuso que, en este asunto no hubo una asesoría, y no porque Colfondos S.A. no se la hubiese querido brindar a la afiliada o no se la hubiere brindado en la forma en que debería hacerlo conforme a la Ley 100 de 1993, sino porque la demandante no buscó esa asesoría, ella ni siquiera fue a la administradora a indicar que se quería afiliarse, ya que en el momento del traslado del RPM al RAIS no hubo intervención de ningún asesor de Colfondos S.A. ni de ninguna administradora de fondos de pensiones.

Precisó que la actora simplemente se limitó a diligenciar un formulario que no le entregaron en Colfondos S.A. sino que le fue entregado en la jefatura de personal de la entidad para la cual laboraba en ese momento, diligenció el formulario y lo firmó y ni siquiera fue ella a radicarlo a Colfondos S.A.

Por lo anterior, dijo, no puede hablarse de que la AFP faltó al deber de asesoría y buen consejo, cuando la demandante no asistió a Colfondos S.A., si nunca hubo una asesoría, si al

momento de la afiliación al RAIS o traslado de régimen no hubo intervención de ningún asesor de una AFP, por ello en manera alguna se pueden aplicar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Indicó que, si bien es cierto hubo dos traslados posteriores a Protección S.A. y nuevamente a Colfondos S.A., en donde efectivamente sí hubo una intervención de un asesor, no se podría declarar la ineficacia o se podrían aplicar las sentencias de la Corte para declarar a ineficacia, porque aquí lo que se solicita es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes, es decir al momento en que la demandante se traslada del RPM al RAIS, reiterando que, es en ese momento del traslado en el que no interviene ningún asesor de Colfondos, por lo que en este caso, aplicar las sentencias de la Corte, llevaría al exceso de obligar a las AFP que presagiaran en qué momento cualquier afiliado a Colpensiones quiere afiliarse a la AFP y entonces debe estar presente para ver en qué momento el trabajador va a firmar para darle la asesoría correspondiente.

Reiteró que, en este caso en el traslado de la demandante no intervino un asesor de Colfondos S.A., no porque no hubiese querido, sino porque la actora no lo solicitó o no lo buscó, ya que ella simplemente firmó el formulario y no porque un asesor se lo hubiera indicado, sino porque se lo dijo su jefe o la jefatura de personal de la entidad para la que trabajaba en ese momento y por ello mal se haría en aplicar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y en esa medida, no se invirtió la carga de la prueba y era a la demandante a quien le correspondía demostrar que la manifestación de su voluntad o su consentimiento estuvieron viciados, lo cual no aconteció en este caso, por ello, se tiene que la manifestación por ella efectuada fue libre y voluntaria, tal y como lo validó con la firma por ella impuesta en el formulario de afiliación, en consecuencia, al no existir vicios del consentimiento se tiene que la afiliación al RAIS fue válida.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE ACTORA

En síntesis, indicó que, la Juez de primer grado no tuvo en consideración que las AFP están obligadas a dar información a las personas que tengan la intención de trasladarse, además que la demandante fue “engañada” por su empleador, al mostrarle un documento y decirle que lo firmara, cuando ella no tenía los conocimientos en seguridad social y desconocía las implicaciones que le acarrearían el firmarlo.

Expuso que, en el momento en que otra persona radica un documento que la accionante firmó en el año de 1998, ahí se está determinando que no tenía el consentimiento o que efectivamente no le hallaba la razón a trasladarse, ya que la accionante se encontraba afiliada al ISS, por ello, era obligación de la AFP asesorarla o por lo menos llamarla o buscarla en el momento en que el documento se iba a radicar ante el fondo de pensiones.

Indicó que, por lo anterior, debe invertirse la carga de la prueba, ya que la demandante no tiene como demostrar sus dichos, ya que son afirmaciones negativas, las cuales dicen que no la asesoraron y por ello la carga corresponde a Colfondos S.A.

Además, dijo, tal y como lo ha manifestado no solo la Corte Constitucional, sino también la Corte Suprema de Justicia han explicado que la constatación del deber de información no es el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

Concluyó indicando que es un agravante por parte de la AFP no evidenciar e informar en debida forma las implicaciones que para la demandante tenía ese traslado.

Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 07 de julio de 2021, se admite el recurso de apelación, luego, por auto del 21 de julio del mismo año se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados del demandante y de Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo

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

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Posteriormente, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo lo siguiente:

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

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

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

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

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

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** estuvo afiliada a Cajanal desde el 06/07/1982 (fl. 33); **ii)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 22/04/1988 (fl. 92 y 96); **iii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 14/12/1998 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl. 41 vto y 138); **vi)** efectuó traslado entre administradoras del RAIS así: el 11/11/1999 a Colmena AIG – hoy Protección S.A (fl. 202) y el 19/05/2000 retornó nuevamente a Colfondos S.A. (fl. 42 y 139); y, **v)** solicitó ante Colpensiones retornar nuevamente al RPM el día 24/10/2018 (fls. 43).

En el plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió en el 14 de diciembre de 1998 con Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que en ésta se limitó a exponer que para el mes de noviembre de 1998 el Jefe de personal del Departamento Administrativo del Bienestar Social, entidad para la que laboraba, le indicó que debía pasarse a un fondo de pensiones por lo que llenó un formulario con sus datos y lo firmó, que su empleador no le dijo porqué debía cambiarse de fondo, que Colfondos no le dio asesoría, que se trasladó a Colmena y luego nuevamente a Colfondos, pero que en ninguno de esos traslados tampoco le dieron asesoría, que no se devolvió a Colfondos porque le hubieran explicado las condiciones o beneficios sino porque una amiga le dijo que esa AFP era buena, que no se acercó a Colfondos a solicitar una asesoría, que en la entidad donde laboraba no había un asesor de Colfondos, por lo que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es nula, y de ella, contrario a lo afirmado por el A Quo no puede derivarse la falta de responsabilidad de la AFP, por cuanto al momento de dar trámite a la solicitud de afiliación de la demandante debió poder prever la irregularidad al evidenciar que ningún asesor brindó personalmente la asesoría, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020.

Ahora bien, podría decirse que la información que echa de menos la accionante se encuentra contenida en la ley, la cual debía conocer y que su ignorancia no sirve de excusa lo cual, si bien resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, para la fecha del traslado de la accionante, esto es 14 de diciembre del año 1998, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Colfondos S.A., entidad con la que se efectuó el traslado de régimen pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial y no con los posteriores.

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

de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo es la coacción o presión, resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Conforme las extensas consideraciones que anteceden la Sala no encuentra acierto en la decisión de la *A Quo*, razones por la cuales se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de la señora Ana Clara Zapata del RPM al RAIS, realizado a través de Colfondos S.A. el 14 de diciembre de 1998 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

**VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO
CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por la AFP COLFONDOS S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que

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

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

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las

partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Zapata.

En este punto se aclara que, se deben reconocer los gastos de administración debidamente indexados, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en la providencia SL3199-2021, reiterado en la SL4192-2021. En aquella se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración **debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración

cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar debidamente indexados**, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

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

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de

los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, considera esta Sala necesario exhortar al (a) Juez de primer grado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en primera y segunda instancia a cargo de la **AFP COLFONDOS S.A.**, por ser vencida en juicio, advirtiéndose que no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pues a juicio de la Sala, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas y como consecuencia de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. En su lugar se dispone:

1.1. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de Ana Clara Zapata del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de COLFONDOS S.A. el día 14 de diciembre de 1998, y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

1.2. CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A.**, que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Ana Clara Zapata y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

1.3. ORDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal 1.2 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Ana Clara Zapata al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

1.4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

Demandante: **ANA CLARA ZAPATA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

SEGUNDO.- EXHORTAR al (a) Juez de conocimiento para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

TERCERO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada **AFP COLFONDOS S.A.**

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

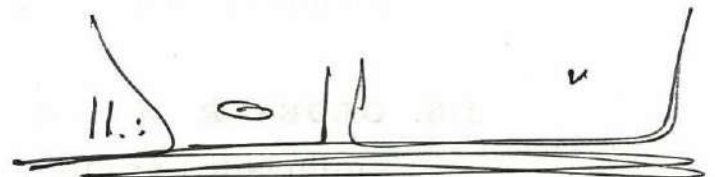
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de Colfondos S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001
Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

AUTO

Recocer las siguientes personerías jurídicas:

1. Al doctor José Saúl Valdivieso Valenzuela, identificado con T.P. No. 262.541 del C.S. de la J., como apoderado del La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos y para los fines indicados en el poder allegado.
2. A la doctora María Camila Bedoya, identificada con T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 0120 del 1° de febrero de 2021 y como apoderada sustituta de esta entidad a la Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada

por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte DEMANDANTE, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende:

PRETENSIONES

1. Se aplique principio de favorabilidad art. 53 de la C.N
2. Solicito se efectué el traslado de aportes de Porvenir a Colpensiones.
3. Se reconozca por parte de Colpensiones reconocimiento de la pensión de vejez y retroactivo pensional, a favor de mi mandante al Sr. Jorge Israel Devia Lozano.
4. Solicito se efectué la afiliación de mi mandante al Régimen de Prima Media Colpensiones.
5. Solicito copia de los formularios de Afiliación y Desafiliación con Colpensiones, con la firma de asesor comercial, promotor o coordinador.
6. Solicito copia de los formularios de Afiliación con Porvenir, con la firma de asesor comercial, promotor o coordinador.
7. Solicito la declaración de testimonio por parte de Colpensiones del asesor comercial, promotor o coordinador, que firmo el formulario en el momento de la afiliación de mi mandante.
8. Solicito la declaración de testimonio por parte de Porvenir del asesor comercial, promotor o coordinador, que firmo el formulario en el momento de la afiliación de mi mandante.
9. Solicito se me informe cual sería el cálculo de acuerdo a la pensión de garantía mínima, teniendo en cuenta el Ingreso Base de Cotización (IBC) y el Ingreso Base de Liquidación (IBL).
10. Declaraciones de testimonio del asesor o promotor de Colpensiones, quien efectuó la desafiliación de mi mandante.
11. Declaraciones de testimonio del asesor o promotor de Porvenir, quien efectuó la desafiliación de mi mandante.
12. Se ordene al pago de las costas procesales y agencias en derecho.
13. Se ordene el pago de intereses moratorios que trata el Art.141 de la ley 100 de 1.993.
14. Se indexen los valores reconocidos conforme IPC arrojado por el DANE año a año.
15. Se ordene al grupo liquidador de su despacho la discriminación de los valores a reconocer mediante liquidación.

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001
Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Como fundamento relevante de sus pretensiones narró que:

1) Efectuó cotizaciones al I.S.S., desde el 1° de agosto de 1979 hasta el 31 de julio de 1996; **2)** Se afilió a Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1999 hasta agosto de 2019; **3)** Radicó ante Colpensiones solicitud de revocatoria directa el día 8 de noviembre de 2019, solicitando la nulidad del traslado y el reconocimiento de la pensión de vejez; **4)** El 7 de noviembre de 2019 radicó ante Porvenir S.A., solicitud de revocatoria directa, pidiendo la nulidad del contrato de afiliación y el traslado de aportes a Colpensiones; **5)** Al momento de la afiliación, el promotor de Porvenir S.A. no le brindó información, asesoría, buen consejo, ni le realizó una proyección del valor de la indemnización o devolución de saldos, entre otras; **6)** Lo anterior tampoco fue efectuado por el promotor de Colpensiones.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 54 a 71) se opuso a la mayoría de las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

Adujo que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y al AFP, por no tratarse de un

error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión.

Finalmente, y en caso de declararse alguna nulidad, anotó que la misma no se alegó dentro del término establecido en el artículo 1750 del Código Civil, además, la misma fue ratificada en los términos del artículo 1752 ibídem.

PORVENIR S.A. (Archivo 006 fl. 75), se opuso a las pretensiones presentadas en su contra, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Expuso que en este caso no se configuran los supuestos de hecho de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para su aplicación, por lo que cualquier solicitud relativa a verificar la existencia de vicios de la voluntad, debe entenderse como una nulidad relativa.

Afirmó que el demandante suscribió el formulario de vinculación No. 01226840, 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 54A del CPTSS.

Adujo que no es posible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se demostró que faltara alguno de los elementos esenciales del acto jurídico del traslado, además que tampoco se acreditó que para ese momento el afiliado era un incapaz absoluto, lo que conllevar a señala, en gracia de discusión, que de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, esta sería alguna de las catalogadas como nulidades relativas, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y sometidas al fenómeno prescriptivo.

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Posteriormente, mediante auto del 25 de septiembre del 2020, el Juzgado de conocimiento dispuso vincular a la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES**, entidad que allegó contestación (archivo No. 009 fl. 75), oponiéndose a las pretensiones de la demanda y presentando las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación, bono pensional en estado de liquidación provisional, saneamiento de los vicios del consentimiento, prescripción, buena fe y la genérica.

Precisó que, revisado el concepto técnico aportado por la ABP, se evidencia que el demandante se encuentra afiliado al RAIS desde el 19 de agosto de 1999 a la fecha y como consecuencia de ello, tiene derecho a que se emita en nombre suyo, un bono pensional tipo A modalidad 2 por haberse trasladado al RAIS con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tener una historia laboral de cotización al ISS a o cajas públicas superior a 150 semanas.

Expuso que la redención normal del mentado bono tuvo lugar el 14 de febrero de 2019, fecha en la cual el demandante cumplió 62 años, que el mismo se encuentra en estado "Liquidación Provisional" y recalcó que el bono al que se ha hecho referencia, sólo mantendrá su vigencia si el demandante continúa siendo afiliado al RAIS a través de Porvenir S.A., ya que en el evento de prosperar la solicitud de nulidad de la afiliación solicitada en la demanda y por ende se ordene el retorno del actor al RPM, el bono desaparece por resultar totalmente incompatible con el RPM.

Concluyó indicando que, en caso de que se llegara a aceptar la existencia de un vicio en el consentimiento, de conformidad con el Código Civil, ello generaría una nulidad relativa, la cual puede sanearse con el paso del tiempo o la ratificación de las partes, conforme el artículo 1743 de la mentada codificación,

III. SENTENCIA APELADA

Evacuadas las etapas procesales pertinentes, la juez A quo dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal conclusión expuso que, al revisar la documental allegada al plenario, aparece una impresión de la página de Asofondos, donde se observa claramente que el demandante, estando afiliado al RPM se trasladó al RAIS y una certificación expedida por Porvenir S.A., en donde se señala que el actor se encuentra afiliado a dicho fondo a partir de 1999.

Precisó que, si bien es cierto la demanda contiene negaciones indefinidas que hacen alusión al deber de información, tema documentado y descrito por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ello por sí solo de manera alguna conlleva a que el operador judicial deba pronunciarse ultra y extra petita, declarando una nulidad o ineficacia no pedida, pues lo que se pide en este asunto es el reconocimiento de un derecho pensional.

Adujo que, teniendo en cuenta que el accionante se encuentra afiliado al RAIS, conforme las pretensiones de la demanda no es a Colpensiones a quien le corresponde realizar el reconocimiento pensional, por ello, para poder despachar favorablemente la pretensión de reconocimiento pensional a cargo de Colpensiones, es requisito que el demandante se encuentre afiliado al RPM, y esta circunstancia deviene necesariamente en una declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de régimen, la cual no fue pedida en este caso, indicando que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia hacen alusión a un estatus ya consolidado, a un derecho ya causado, más no a una declaratoria de un estado.

Precisó que, en este caso, la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen no puede hacerse en virtud de

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

las facultades ultra y extra petita, por no haber sido solicitada y como quiera que el demandante no se encuentra afiliado al RPM no es posible acceder al reconocimiento de las peticiones, reiterando que las pretensiones de la demanda no tienden a lograr ni la nulidad ni la ineficacia del traslado de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE ACTORA

En síntesis, indicó que, lo hechos que se presentaron en la demanda fueron claros y se demostró que Porvenir S.A. nunca le dio al demandante la información requerida e hizo énfasis en que el actor fue “engañado” cuando se le indicaron una serie de situaciones que resulta “trágico” demostrar.

Adujo que como se demuestra en el punto No. 2, se solicita el traslado de aportes de Porvenir S.A. a Colpensiones debido a los hechos narrados, motivo por el cual, el operador jurídico podía hacer uso de las facultades ultra y extra petita y efectuar el traslado, y se supone que al hacer el traslado que se está pidiendo en la pretensión, automáticamente se decretaría la nulidad que se autoriza dentro de las facultades ultra y extra petita, máxime cuando se reúnen los requisitos y quedó demostrado que el demandante fue “engañado” por los asesores de Porvenir S.A. y que no se le dio ninguna clase de información.

Expuso que, lo elemental sería que se le concediera la nulidad debido a que, si bien en su momento no se pidió, como se indicó en el fallo la parte actora allegó un escrito solicitando la nulidad, motivo más que suficiente para hacer uso de las facultades ultra y extra petita.

Finalizó solicitando se decrete la nulidad del traslado de régimen, precisando que la petición principal es esta y, si bien no se usó la palabra nulidad para el traslado de fondo, no es

menos cierto que la misma se pidió en la pretensión No. 2 en la que se solicita se efectúe el traslado de los aportes de Porvenir a Colpensiones y por ello procede la nulidad y posterior reconocimiento de la pensión de vejez.

Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 07 de julio de 2021, se admite el recurso de apelación y posteriormente por auto del 17 de septiembre del mismo año se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

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

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

V. CONSIDERACIONES

A efectos de proveer la decisión que corresponde, atendiendo los argumentos de la sentencia de primer grado y aquellos esgrimidos por el apelante, ha de señalarse, en primer lugar que, de antaño la Sala de Casación Civil, a través de sentencia del 12 de diciembre de 1936 (T. XLVII. Pag. 483) ha

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

señalado que *“la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”*, premisa jurídica que ha sido estudiada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en sentencias como la del 14 de febrero de 2005, Rad. 22923, y 22 de noviembre de 2017, SL19488-2017, ha señalado que tal expresión no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta mayor.

De esta manera, ha establecido dicha Corporación que al encargado de administrar justicia le corresponde descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal (la demanda) y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas; que se le atribuye como misión ineludible interpretar los actos procesales y extraprocesales que se relacionen en cada litigio que se le asigne por competencia, a efecto de aplicar con acierto las disposiciones legales y constitucionales que regulen la materia puesta a su disposición, para una solución adecuada y justa; y que la labor del juez dispensador del derecho debe estar siempre dirigida a desentrañar no sólo el sentido, alcance o el propósito del precepto jurídico portador del ritual y el derecho, sino también el entendimiento cabal de la conducta del sujeto de derechos que ha venido a la jurisdicción en procura de una tutela oportuna de los mismos, que en el desarrollo de la justicia social es de trascendental importancia.

En igual sentido, es deber del juzgador procurar por una interpretación armónica de la demanda, pues quedarse con la sola noción que ofrece la lectura fraccionada de sus diferentes apartes, conlleva un excesivo rigorismo formal que sacrifica el derecho sustancial, en claro desconocimiento de los mandatos constitucionales consagrados en el artículo 229 de la

Constitución Política, de manera que si del contexto de la demanda puede inferirse con claridad lo que la parte pretende, no hay lugar a ignorar tal hecho, so pretexto de reclamar claridad y precisión, tal y como lo ha enseñado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia¹.

Bajo ese entendimiento, evidencia esta Sala de Decisión que la *a quo* se encasilló en un excesivo rigorismo, al no desentrañar las pretensiones de la presente acción y que sacrificó el derecho sustancial del apelante, ya que una lectura completa de las pretensiones de la demanda (fl. 4) permite determinar de manera nítida, que una de las peticiones del actor resulta ser la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó.

Así las cosas, procede esta Corporación a efectuar el estudio de las pretensiones incoadas en la presente acción, en los siguientes términos.

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

¹ Gaceta Judicial. Tomo CLXXVI, número 2415, pág. 182. Sin embargo, es conveniente precisar que dicha noción ha sido repetida en muy similares términos por la Jurisprudencia, tanto de la Sala Laboral como de la Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias proferidas el día 15 de octubre de 2003, M.P. Carlos Isaac Nader y 3 febrero de 2009, Ref: Exp. N° 11001310302003-00282-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

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

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

o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

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

	laborales y autonomía personal	
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

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

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

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

(...)"

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

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

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

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

Posteriormente, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, al referirse a la posible

descapitalización del fondo y la **afectación del principio de sostenibilidad financiera**, la Corte explicó que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

VI. EL CASO EN CONCRETO

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 01/08/1979 (Fl. 11 y 71); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 19/08/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 64 Archivo No. 006 del cd de folio 75); y **iii)** solicitó retornar nuevamente al RPM los días 7 y 8 de noviembre de 2019 (fls. 45 a 48).

En el plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió en 1999 con Porvenir S.A., , el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia².

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Porvenir S.A. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 19 de agosto del 1999, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

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

² SL 4426-2019 Radicación No. 79167: *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”*

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

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

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

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Por las consideraciones vertidas en precedencia la Sala no encuentra atino alguno en la decisión de la juez *A Quo*, al estimar en primer lugar, que desatendió el deber de interpretar la demanda y atender el derecho, a pesar de que éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante y en segundo lugar, porque consecuentemente mutó el cauce fáctico y jurídico que debía dársele al análisis del asunto, lo que dio al traste, al menos, con las pretensiones principales de la demanda. Por ello se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado del señor Jorge Israel Devia Lozano del RPM al RAIS, y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por la AFP PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, reiterada en SL 638 de 2020 Rad. 70050, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

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

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

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a las **AFP PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, debidamente indexados, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Pulido Rodríguez.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual, advirtiéndole que tal como se explicó en precedencia la presente

decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. (SL 3464-2019, radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019)

PRESCRIPCIÓN

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

De otro lado, la Sala exhortará a la Juez de primer grado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien, sería del caso proceder a estudiar, si es procedente o no, el reconocimiento y pago de una **pensión de vejez** al demandante, pretensión que fue enlistada en el acápite respectivo de la demanda.

Empero, vale precisar que si bien JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO, se encontraba afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y como consecuencia del presente proceso, se ordenó el traslado del R.A.I.S. al R.P.M., y que se declare que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, entidad que como consecuencia de lo anterior, deberá asumir el pago de la pensión que eventualmente le corresponda, lo correcto es que solo una vez COLPENSIONES reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados los valores en la historia laboral, pueda el demandante solicitar ante dicha entidad la corrección de la misma si a bien lo tiene, o en su defecto, solicitar el eventual reconocimiento y pago de la pensión de vejez que aquí pretende,

razón por la cual dicha pretensión no puede ser despachada favorablemente en esta oportunidad.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.**, por ser vencidas en juicio, advirtiéndose que no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pues a juicio de la Sala, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas y como consecuencia de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia apelada, conforme lo explicado en la parte motiva de esta decisión. En su lugar se dispone:

- 1.1. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de José Israel Devia Lozano del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR S.A. el día 19 de agosto de 1999, y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

Código Único de Identificación: 11001310503120190077001

Demandante: **JORGE ISRAEL DEVIA LOZANO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

1.2. CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por José Israel Devia Lozano y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

1.3. ORDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal 1.2 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de José Israel Devia Lozano al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

1.4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

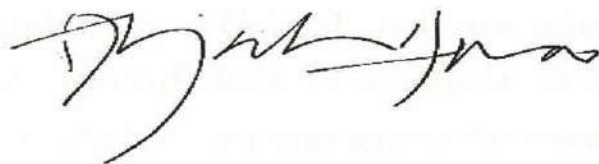
SEGUNDO.- EXHORTAR al (a) Juez de conocimiento para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

TERCERO.- ABSOLVER a COLPENSIONES de la pretensión encaminada a que reconozca una pensión de vejez, conforme lo indicado en la parte considerativa de esta decisión.

CUARTO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada **AFP PORVENIR S.A.**

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

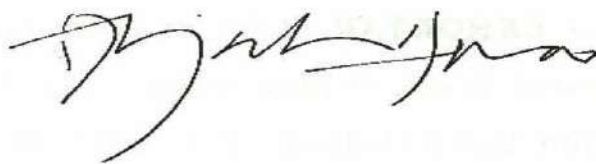


DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de Porvenir S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01
Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**
Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y PROFITOS ZULIS S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MABEL ROMERO BUELVAS** promoviese contra **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. y PROFITOS ZULIS S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01
Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**
Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

junio de 2005 al 23 de marzo de 2017 con DISTRIMAR'S S.A.S. y PROFRITOS ZULIS S.A.S.; que las demandadas son solidariamente responsables acorde con lo establecido en el artículo 36 del C.S.T.; y que el despido fue sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior solicita el pago de cesantías, intereses a las cesantías, pago de aportes a seguridad social, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, e indexación.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:
1) Laboró de forma subordinada con DISTRIMAR'S S.A.S. mediante contrato a término indefinido de junio de 2005 al 30 de diciembre de 2015; **2)** Ingresó a laborar a PROFITOS ZULIS S.A.S. por orden expresa del representante legal de DISTRIMAR'S S.A.S. el 01 de enero de 2016; **3)** El 23 de marzo de 2017 se le dio por terminado su contrato de trabajo por la falta de puntualidad en el cumplimiento de su horario de trabajo; **4)** No fue llamada a descargos; **5)** Omar Rueda Melo es representante legal de DISTRIMAR'S S.A.S., y quien dio por terminado el contrato de trabajo a nombre de PROFITOS ZULIS S.A.S.; **6)** Devengaba \$1'142.000; **7)** Cumplía horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 A.M. a 4:30 P.M., y los sábados de 8:00 A.M. a 3:00 P.M.; **8)** Prestaba sus servicios personales de forma simultánea para las demandadas, recibiendo órdenes de Omar Rueda Melo; y **9)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y PROFITOS ZULIS S.A.S.**

DISTRIMAR'S S.A.S. (004.2020-116 Contestación Distrimar), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, falta de requisitos esenciales del contrato laboral a término indefinido, falta de legitimación por activa, inexistencia de un contrato de carácter laboral a término indefinido, inexistencia de la obligación, falta de solidaridad entre las demandadas, prescripción de las acciones, y la genérica.

Aceptó que la accionante prestó servicios a su favor entre 2014 y 2015; y que la actora debía cumplir un horario de trabajo.

Indicó que la demandante fue vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo, y no indefinido; que la accionante prestó sus servicios entre 2014 y 2015, renunciando el 31 de diciembre de 2015; que la empresa se constituyó el 07 de marzo de 2013; que se le pagaron todos y cada uno de los derechos laborales de la accionante; y que en ningún momento fue intermediaria de la PROFITOS ZULIS S.A.S., por lo que, no sería dable predicar solidaridad, al existir autonomía entre estas empresas, por demás que su objeto social no se asemeja.

PROFITOS ZULIS S.A.S. (005.2020-116 Contestación), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, e inexistencia de contrato de trabajo a término indefinido.

Aceptó que el 23 de marzo de 2017 dio por terminado el contrato de trabajo de la actora por las reiteradas faltas en el cumplimiento de su contrato de trabajo; y que la actora cumplía un horario de trabajo.

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

Indicó que conforme al artículo 58 del C.S.T. está contemplado como prohibición del trabajador el faltar a su trabajo sin justa causa; que a la accionante se le imponía memorando porque arribaba tarde a laborar, reiteradamente; que a la actora se le pagaron la totalidad de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social; que la empresa fue constituida legalmente en 2013; y que los contratos que se suscribieron con la accionante fueron a término fijo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre DISTRIMAR S.A.S. en calidad de empleador, y la actora en calidad de trabajador, por el período comprendido entre el 01 de febrero de 2014 al 30 de diciembre de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre PROFRITOS ZULYS S.A.S. en calidad de empleador, y la actora en calidad de trabajador, por el período comprendido entre el 18 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2017.

TERCERO: CONDENAR a PROFRITOS ZULYS S.A.S. a pagar a la demandante la suma de \$860.669 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

CUARTO: CONDENAR a PROFRITOS ZULYS S.A.S. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de un (01) SMLMV.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por la demandante a las demandadas.

En síntesis, refirió que la sociedad DISTRIMAR'S S.A.S., fue constituida el 07 de marzo de 2013, y la sociedad PROFRITOS ZULYS S.A.S., el 24 de enero de 2013; que la accionante prestó servicios a favor de Omar Rueda Melo como persona natural, y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

quien era el propietario del establecimiento de comercio DISTRIMAR'S desde el 12 de enero de 1998, según se extrae del análisis integral de los certificados de ingresos y retenciones y la certificación de folio 58; y que lo anterior, dado que una persona jurídica que no ha nacido a la vida jurídica no puede celebrar contratos, por lo que, la vinculación de la accionante fue con la persona natural, quien era dueño del establecimiento de comercio DISTRIMAR'S.

Adujo que según certificaciones de folios 62 y 66, la actora laboró entre 2014 y 2015 con DISTRIMAR'S S.A.S., y del 18 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2017 con PROFRITOS ZULIS S.A.S., lo que se corrobora con las liquidaciones de cada uno de los contratos de trabajo y la carta de terminación del último vínculo laboral; y que en la demanda en ningún momento se pretendió una sustitución patronal, por demás que no se acreditó, ya que, no está suficientemente acreditada la continuidad del servicio, pues la demandante celebró un nuevo contrato de trabajo con DISTRIMAR'S S.A.S., y no fue objeto de demanda el señor Omar Rueda Melo.

Manifestó que los contratos a término fijo con PROFRITOS ZULIS S.A.S. no se encuentran suscritos por parte de la demandante, por lo que, no es dable extraer que se estaba frente a un contrato a término indefinido; que está acreditado el hecho del despido con la carta de terminación, en la que se señala que la actora fue despedida porque no cumplía debidamente el horario de trabajo; que pese a lo anterior, no está demostrada la justa causa del despido de la accionante, ya que, los testigos comparecientes no hicieron mención de los motivos de la terminación del vínculo laboral; y que por lo dicho, hay lugar a reconocer indemnización por despido sin justa causa, la que se

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

liquida sobre el salario mínimo, pues no se demostró el valor del salario.

Expuso que se acreditó el pago de cesantías e intereses a las cesantías de 2014 a 2016, por DISTRIMAR'S S.A.S. y PROFRITOS ZULIS S.A.S. con la liquidación de cada uno de los contratos de trabajo; que no se encontró prueba de que se hicieran deducciones a la demandante para que posteriormente el empleador efectuara el pago de sus prestaciones sociales; y que está demostrado el pago de aportes a seguridad social.

En último término, consideró que no hay lugar a declarar solidaridad de que trata el artículo 36 del C.S.T., pues no se está frente a una sociedad de personas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Señaló que DISTRIMAR'S S.A.S. y PROFRITOS ZULIS S.A.S. fueron empleadoras de la accionante desde 1998 sin que se demostrara que se pagaron cesantías e intereses a las cesantías desde tal periodo ni muchos menos aportes a seguridad social; que era Omar Rueda quien operaba como gerente de las empresas demandadas, así como era Cindy Lorena Ramos la representante legal suplente de DISTRIMAR'S S.A.S. y la representante legal principal de PROFRITOS ZULIS S.A.S, por lo que, era dable entender que la accionante trabajaba para ambas empresas; que la demandante en el 2005 firmó como representante de DISTRIMAR'S ante la D.I.A.N.; y que por lo anterior, hay lugar a considerar que hubo sustitución patronal, la solidaridad del artículo 36 del C.S.T., cesantías, e intereses a las cesantías.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01
Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**
Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte demandante y DISTRIMAR'S S.A.S. para ratificar sus argumentos.

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

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar i) si es dable considerar que entre las partes existió una única relación desde el año 1998; y ii) si son solidariamente responsables las demandadas de las condenas impuestas de conformidad con el artículo 36 del C.S.T.

PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS, EXTREMOS TEMPORALES, Y COEXISTENCIA DE CONTRATOS DE TRABAJO.

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

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

En relación con la acreditación de los extremos temporales y con inmodificable persistencia, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora.

Finalmente, es necesario rememorar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del C.S.T. que regula la figura de la **coexistencia de contratos de trabajo**, «*Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo*». En lo concerniente, la Sala de Casación Laboral de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de noviembre de 2010, rad. 39078, reiterada en la SL1287-2021, enseñó:

“[...] conforme al artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, a menos que se hubiera pactado expresamente lo contrario, caso en el cual, en consideración del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 55 del estatuto sustancial del trabajo, y por tratarse de un pacto que no contraría regla de derecho alguna, al trabajador le queda vedada la posibilidad de prestar servicios a otro empleador, de la misma especie de los que ejecutfa a aquél con quien convino la exclusividad, y si los llegare a prestar, indudablemente, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, que si se encuentra catalogado como grave, faculta al patrono para dar por terminado, unilateralmente y con justa causa, el contrato de trabajo.”

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Omar Melo Rueda fue el propietario del establecimiento de comercio DISTRIMAR'S para los años 2005 y 2012, según consta en los certificados de ingresos y retenciones de los años en mención (fls.24 y 29).
- ii) El 30 de enero, 31 de julio, 27 de septiembre de 2010, y 22 de enero de 2013, Omar Rueda Melo expidió certificaciones de las que se logra extraer que la accionante laboró para el establecimiento de comercio DISTRIMAR'S desde el 12 de enero de 1998, (fls.58 a 61). Asimismo, Omar Melo Rueda efectuó pagos de aportes a seguridad social a favor de la demandante como persona natural de los periodos de agosto de 2010, y febrero a abril de 2011 (fls. 25 a 28), así como le efectuó pagos salariales entre el 31 de julio de 2003 y enero de 2013, en los periodos del 31 de julio al 29

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y PROFITOS ZULIS S.A.S.**

de agosto de 2003, enero de 2006, junio, julio, noviembre de 2008, noviembre de 2009, enero, febrero, julio, septiembre y noviembre de 2010, febrero, abril, julio a noviembre de 2011, enero, febrero, junio, octubre, diciembre de 2012, y enero de 2013 (fls. 32 a 45).

- iii) Las sociedades PROFITOS ZULYS S.A.S y DISTRIMAR'S S.A.S. se constituyeron el 24 de enero y el 07 de marzo de 2013 respectivamente, según certificado de existencia y representación legal obrante a folios 68 y 17 a 20 del archivo 004.2020-116 Contestación Distrimar.
- iv) El 01 de febrero de 2014, la accionante celebró con DISTRIMAR'S S.A.S. contrato de trabajo a término fijo para ejercer el cargo de Vendedor T.A.T., siendo liquidado su contrato de trabajo el 31 de diciembre de 2015 (fls. 21, 22, y 24 del archivo 004.2020-116 Contestación Distrimar). Lo anterior se acompasa con la certificación de DISTRIMAR'S S.A.S. del 14 de marzo de 2019 obrante a folio 62 -en la que señaló que la demandante laboró a sus servicios en 2014 y 2015-, el paz y salvo de folio 65, y la afiliación a y aportes a seguridad social obrantes a folios 28 a 32 y 35 a 37 del archivo 004.2020-116 Contestación Distrimar.
- v) La demandante laboró con PROFITOS ZULYS S.A.S. del 18 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2017 mediante contrato a término fijo (fls. 63, 64, 66, y 67). Lo anterior, se acompasa con el contrato de trabajo a término fijo, las nóminas de enero de 2016 a marzo de 2017, afiliaciones a seguridad social, y carta de terminación con efectos a partir del 31 de marzo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01
Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**
Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y PROFITOS ZULIS S.A.S.**

2017, obrantes a folios 30 y 31 y 9 a 25 del archivo 005.2020-116 Contestación.

De igual manera, comparecieron a rendir testimonio Dolly Esperanza García y Uriel Gutiérrez Escobar, quienes manifestaron:

Dolly Esperanza García, dijo, que fue quien llevó a la accionante a trabajar a DISTRIMAR'S porque conocía a Omar Rueda; que lo anterior, fue en el 2008; que la actora era asesora comercial de ventas, y laboró con DISTRIMAR'S como 19 o 20 años; que laboró en DISTRIMAR'S como en 2009 o 2010; que la actora dejó de prestar sus servicios porque estaba enferma y no estaba muy contenta en el punto de ventas, según lo que le comentó la actora; que la actora era vendedora de dulces; que también vendió la línea de Zulys, a nombre de DISTRIMAR'S; que después de que se retiró de DISTRIMAR'S, se fue a trabajar a otra distribuidora que quedaba en la misma cuadra de DISTRIMAR'S; que se encontraba con la demandante en la mañana, pero que esto sólo fue por el año siguiente de su retiro, pues laboró hasta esa fecha en tal distribuidora; que conocía a la empresa PROFITOS ZULYS S.A.S, ya que, también les dieron a vender la línea de esta empresa; que el representante legal de DISTRIMAR'S era Omar Rueda; y que Omar Rueda era el dueño de PROFITOS ZULYS S.A.S. y DISTRIMAR'S.

Por su parte, **Uriel Gutiérrez Escobar** manifestó que conoce a la actora hace 17 años porque trabajaron para el señor Omar Rueda en DISTRIMAR'S y PRODUCTOS ZULYS; que estas son las mismas empresas; que laboró para DISTRIMAR'S hasta 2011, y que después no volvió a la empresa; que se encontraba con la demandante en una cafetería cerca de la empresa y la actora le

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

comentaba que había tenido una discusión con Omar rueda y que por eso se había ido de la empresa; que la actora se fue de la empresa como en 2017 y trabajó desde 1998; que lo anterior, lo sabe porque estaba trabajando con Omar Rueda en esa fecha; y que la demandante vendía productos de DISTRIMAR'S y los de ZULYS.

Pues bien. Del análisis integral de las anteriores probanzas para la Sala es claro que la demandante laboró para el establecimiento de comercio DISTRIMAR'S de propiedad de Omar Rueda Melo del 12 de enero de 1998 al 22 de enero de 2013, DISTRIMAR'S S.A.S., del 01 de febrero de 2014 al 31 de diciembre de 2015, y PROFRITOS ZULYS S.A.S. del 18 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2017, personas que son diferentes, por lo que en consecuencia no es dable deprecuar que coexistieron dos contratos de trabajo con DISTRIMAR'S S.A.S. y PROFRITOS ZULYS S.A.S, como fue pretendido en la demanda.

En este punto, es necesario aclarar que los testigos comparecientes únicamente dan cuenta de la relación laboral hasta el 2011, pues la señora Dolly Esperanza García laboró entre 2009 y 2010 y el señor Uriel Gutiérrez Escobar adujo que dejó de laborar para DISTRIMAR'S en 2011, señalando que lo conocen con posterioridad a dicha fecha es por lo que la misma demandante le comentaba, de manera que en tal sentido frente a hechos posteriores únicamente se está frente a un testigo de oídas y que no tienen conocimiento directo de lo que aconteció con posterioridad a 2011.

Así mismo, es necesario resaltar que el testigo Uriel Gutiérrez Escobar si bien dio fe de una relación laboral desde 1998 hasta 2011, tiempo en el que se itera tenía conocimiento

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

directo de la relación laboral, también lo es que mencionó que durante tal lapso, la actora laboró al servicio de DISTRIMAR'S, establecimiento de comercio que era propiedad del señor Omar Rueda Melo, persona natural que no fue demandada en juicio, y que como se dijo es diferente de las personas jurídicas, DISTRIMAR'S S.A.S. y PROFRITOS ZULYS S.A.S. Igualmente, es imperativo que se tenga en cuenta que los documentos denominados *comprobantes de pago* de junio, octubre, noviembre de 2013, abril, mayo, y septiembre de 2014, enero, marzo a mayo, y septiembre a octubre de 2015 de folios 46 a 52 (aportados con la demanda), no tienen ningún membrete que permita identificar si fue pagado por alguna de las demandadas, de manera que con ellos, no es dable establecer algún tipo de relación laboral con alguna de las demandadas.

Así las cosas, debe concluirse que no logró probarse la existencia de una relación laboral simultánea de la demandante con DISTRIMAR'S S.A.S. y PROFRITOS ZULIS S.A.S., pues de lo que da cuenta el recaudo probatorio es de la existencia de relaciones laborales con cada una de ellas en diferentes periodos, por demás que si bien los testigos Dolly Esperanza García y Uriel Gutiérrez Escobar informaron que durante el tiempo que estuvieron en DISTRIMAR'S se distribuían productos de la marca Zulis, no necesariamente esto implica que se laboraba también al servicio de ésta. Del mismo modo, no desconoce la Sala que Omar Rueda Melo funge como representante legal de las dos sociedades enjuiciadas, no obstante, de dicho hecho no puede desprenderse per se la simultaneidad de vínculos laborales con la activa, pues es la fuerza de los hechos que logren probarse en juicio la que puede acreditar que se ejecutaron al mismo tiempo dos contratos de trabajo; aunado a lo anterior, no existe

disposición legal alguna que prohíba a una persona natural que ostente la calidad de representante legal de varias empresas.

Por otra parte, y en gracia de discusión de entenderse que lo que se persigue es una **sustitución de empleadores** o una **unidad de empresa**, habría que concluirse que ninguna de las anteriores figuras se encuentra demostrada.

En efecto, la **sustitución de empleadores** se presenta cuando se cambia de empleador, de titular de la empresa, sin que el establecimiento cambie de identidad, de manera tal que se no efectúa modificación de las actividades o negocios esenciales, y se continúan con las actividades empresariales, tal y como lo establece el artículo 67 del C.S.T.

Al respecto, explica la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa (cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc.), y la subsistencia de la identidad del negocio. Sin embargo, la jurisprudencia desde antaño ha introducido un tercer elemento que es la continuidad en la prestación del servicio, el cual está implícito en la noción de "sustitución de patronos". Valga recordar a propósito, lo dicho en providencia del 24 de enero de 1990, rad. 3535, reiterada en las sentencias SL3003-2020 y SL1751-2021, que al efecto precisó:

"Reiteradamente la Corte ha exigido para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo". (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, Sent. ene. 24/90, Rad. 3535. Destaca la Sala)."

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

Entonces, de acuerdo con lo que enseña la jurisprudencia reiterada de dicha Corporación, se puede decir que la sustitución patronal es resultado de la concurrencia de las tres condiciones anteriores, de modo que, si falta al menos una, no hay sustitución de empleadores en los términos del artículo 67 del C.S.T. El anterior criterio, se acompasa con el criterio de la H. Corte Constitucional quien en sentencias T-954 de 2011, y T-277 de 2020, explicó:

“Para que se perfeccione la figura jurídica de la sustitución de empleadores es necesario, en primer lugar, que opere un cambio de empleador por cualquier causa; en segundo, que haya continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador; y finalmente, que haya continuidad también en el desarrollo de las labores del establecimiento. Se trata, entonces, de tres requisitos que se reseñan de la siguiente manera: (i) cambio de empleadores; (ii) continuidad de la empresa, establecimiento o negocio y la conservación del giro de sus actividades; y (iii) continuidad del trabajador. Esta institución tiene como objeto general mantener la unidad de los contratos laborales siempre que concurren los anteriores elementos, para propender así por la protección y continuidad de los derechos de los trabajadores, que por su naturaleza son la parte débil de la relación laboral”.

En el sub lite, se observa que el primer contrato que se encontró demostrado con el señor Omar Rueda Melo fue como dueño **del establecimiento de comercio** DISTRIMAR'S, el que tuvo vigencia del 12 de enero de 1998 al 22 de enero de 2013; que posteriormente, se inició una nueva relación laboral con **DISTRIMAR'S S.A.S.**, a partir del 01 de febrero de 2014, esto es, 1 año y 10 días después, de la finalización de la primera relación, de manera que, no es dable deprecar que existió continuidad en la prestación del servicio por parte de la demandante al servicio de Omar Rueda Melo como dueño del establecimiento de comercio DISTRIMAR'S, y la segunda relación que inició con DISTRIMAR'S S.A.S.

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

Aunado a ello, está acreditado que la relación laboral con **DISTRIMAR'S S.A.S.**, finiquitó el 31 de diciembre de 2015, y que el actor inició una tercera relación laboral con la empresa PROFRITOS ZULYS S.A.S. el 18 de enero de 2016; no obstante, de la transición de una relación laboral a otra, no se logra desprender cambio de titularidad de la primera empresa a la segunda, ya sea, por cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc., pues ninguna empresa adquirió, absorbió o fue objeto de fusión de la otra, ya que, son personas jurídicas distintas y que subsisten en la actualidad según los certificados de existencia y representación legal allegados, por lo que en tal sentido tampoco sería dable entender que se presentó sustitución de empleadores.

En cuanto a la **unidad de empresa**, se rememora que para que sea dable declararla es necesario que se acrediten dos elementos: que las compañías desarrollen actividades similares, conexas o complementarias entre sí y que haya prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las subsidiarias o filiales, posición que ha sido desarrollada por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como SL15966-2016 y SL2615-2020.

En el *sub examine*, pues como se ha dicho reiteradamente, está acreditado que DISTRIMAR'S S.A.S. y PROFRITOS ZULIS S.A.S. son dos empresas distintas, y que si bien comparten como representante legal a Omar Rueda Melo, no se avizora que ejerza alguna empresa sobre la otra, predominio económico.

Finalmente, y en relación con la **solidaridad** que se pretende sea declarada entre las demandadas como consecuencia de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01
Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**
Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

condena impuesta por el A Quo, encontramos que el accionante la fundamenta en el artículo 36 del C.S.T., norma que establece:

“ARTICULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”.

En tales condiciones, es claro que la solidaridad a la que está referida la norma es a la de las sociedades de personas con sus socios, más no de forma alguna entre diferentes empresas. Ahora, y si lo que se pretendía era la solidaridad del artículo 34 o del numeral 3° del artículo 35 del C.S.T., esto es, la del beneficiario o dueño de la obra, y de la empresa que celebra un contrato de trabajo como simple intermediario sin declarar tal calidad, no aparece demostrado que DISTRIMAR'S S.A.S. o PROFRITOS ZULIS S.A.S. hubiesen sido intermediarios una de otra, o que alguna hubiera sido beneficiaria de la otra, pues lo que se avizora en el plenario es que la demandante celebró con cada una de ellas contratos independientes a término fijo con su propias condiciones.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01
Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**
Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

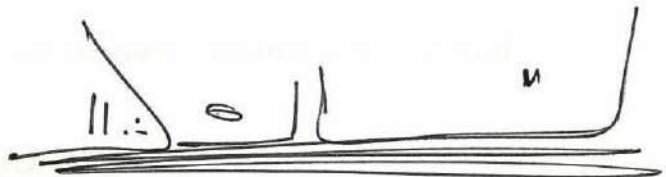
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00116 -01

Demandante: **MABEL ROMERO BUELVAS.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA DE MARCAS- DISTRIMAR'S S.A.S. Y
PROFRITOS ZULIS S.A.S.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.
Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **IRENE GARCÍA MERCHÁN** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A. Como consecuencia de

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

lo anterior, solicita la devolución de los valores que hubiese recibido PORVENIR S.A., tales como cotizaciones, bonos pensionales, y rendimientos; y que COLPENSIONES reciba los anteriores valores.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 54 a 86), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Adujo que para el momento en que solicitó su traslado pensional la accionante contaba con 33 años; que no contaba con 15 años de cotizaciones al 01 de abril de 1994 para poder retornar en cualquier tiempo al régimen de ahorro individual, conforme lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002 y SU-062 de 2010 y que el error que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y PORVENIR S.A. por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que el término para alegar la rescisión de un contrato es de cuatro años según el artículo 1750 del C.C.;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

y que hubo una ratificación tácita del consentimiento, ya que, el actor ha consentido que se hagan sus descuentos a pensión.

Explicó que no es dable aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, ya que, los traslados que allí se estudiaron, los afiliados estaban inmersos en una prohibición legal de traslado, eran beneficiarios del régimen de transición o contaban con una expectativa legítima de pensión.

En último término, manifestó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la demandante conforme al artículo 167 del C.G.P.; que declarar la nulidad o ineficacia del traslado descapitaliza el sistema pensional, pues la demandante no ayudó a financiar el sistema ni cobró los gastos de administración; y que no pueden destinarse dineros de las instituciones públicas a fines ajenos a ellos, como sería el pago de costas.

PORVENIR S.A. (fls. 113 a 142) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Expresó que la demandante se afilió a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A., decisión que tomó de forma libre e informada, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación 0046314; que los gastos de administración no hacen parte integral de la pensión de vejez, motivo por el que son prescriptibles; que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 es clara en establecer que los valores a devolver en caso de declararse un traslado de régimen son los aportes y sus rendimientos; y que los frutos e intereses que ha recibido la actora debe devolverlos.

Señaló que el acto viciado de nulidad relativa es susceptible de ratificación, lo que operó en el caso, pues la construcción de la prestación pensional es de tracto sucesivo mediante el pago de aportes mensuales, los que efectuó la accionante durante 23 años, por demás que la parte demandante contó con amplios términos de solicitud de nuevo cambio de régimen pensional para retornar; que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social o que impidan dicho derecho, situaciones o actuaciones dolosas que no se alegan ni se acreditan; que en el caso se alega una ineficacia con los argumentos de una nulidad, lo que no permite una debida defensa a favor de PORVENIR S.A.; que se aplican los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que el traslado únicamente es válido si aparece acreditado el consentimiento informado del afiliado, no puede obviarse que a la luz de lo dispuesto en nuestra legislación, únicamente podría considerarse que la voluntad eventualmente pudo estar viciada por error, no obstante, sería constituiría un error de derecho, el que no vicia el consentimiento; que la demandante no tenía un derecho consolidado al momento de efectuar su traslado pensional; y que el derecho al traslado de régimen pensional no puede desconocer derechos fundamentales ni principios de la seguridad social, especialmente el de la sostenibilidad financiera.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia le correspondía a PORVENIR S.A. acreditar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

que cumplió con el deber de información; que el deber información debe ser integral, dando conocer al afiliado clara y suficientemente las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; que el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información, pues lo que se echa de menos es la demostración que el afiliado estaba suficientemente informado de la decisión que va a tomar; y que lo anterior, no se acreditó.

Dijo que la ineficacia de la afiliación se genera cuando la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas al derecho pensional del afiliado; que no se encuentra demostrado por parte de la accionante la lesión o perjuicio que se generó por parte de PORVENIR S.A., lo que impide declarar la ineficacia de traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Indicó que está demostrado que de la solicitud de vinculación al fondo de pensiones se logra determinar que a la accionante se le vulneraron sus derechos por falta de información, puesto que se dejaron llenar espacios vitales para la posibilidad de incrementar económicamente la pensión de la actora, se omitió la cantidad de semanas- lo que no permitía a la accionante conocer cuál podría ser su desmedró económico-, que no se comunicó la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, y que no se acreditó el desmedró económico por parte del fondo privado.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación y posteriormente se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

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

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

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

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

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

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

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

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

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.
Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

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

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

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

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

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

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

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de**

retracto, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

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

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., desde el 29 de julio de 1992, según formato historia laboral (archivo 5. GRP-SCH-HL-

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

66554443332211_1722-20200304084255); **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A. el 29 de diciembre de 1997 (documento obrante a folio 4 del archivo denominado 10. Pruebas contra IRENE GARCIA MERCHAN); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 17 de enero de 2020 ante COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por tal entidad (fl.44).

A folio 4 del archivo denominado 10. Pruebas contra IRENE GARCIA MERCHAN se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de diciembre de 1997 con Horizonte hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*¹.

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

alguna que dé cuenta que la actora conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, y en ese orden de ideas que se hubiera acreditado de manera suficiente el deber de información.

Igualmente, considera la Sala que contrario a lo expuesto por el A Quo, resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, parte actora, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar, como lo es en este caso una lesión o un perjuicio como consecuencia de su traslado, máxime si se tiene en cuenta que el órgano de cierre de esta jurisdicción tiene dicho que lo que debe hallarse demostrada es la ilustración clara, suficiente, completa y comprensible otorgada al afiliado, y no la ocurrencia de un perjuicio presente o futuro para el afiliado. (SL5062-2021)

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

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

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

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

(...)

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

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

interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, tal como ya lo estudio la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, según la cual, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

Frente al particular, en sentencia SL1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de IRENE GARCÍA MERCHÁN del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A. el 29 de diciembre de 1997 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

[...].

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

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

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

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.

En este punto se aclara que, se deben reconocer los gastos de administración debidamente indexados, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en la providencia SL3199-2021, reiterado en la SL4192-2021. En aquella se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración **debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar**

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

debidamente indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

Debe aclararse además que no operó la prescripción de los gastos de administración, pues como quedó dicho, la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

De igual manera, se **CONDENARÁ** a COLPENSIONES a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen frente a COLPENSIONES por considerarse que no se causaron, pues dicha entidad fue ajena al acto de traslado de la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00033 -01.
Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

- A. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de IRENE GARCÍA MERCHÁN del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A. el día 29 de diciembre de 1997 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.
- B. CONDENAR a PORVENIR S.A.,** que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por IRENE GARCÍA MERCHÁN y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexados, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.
- C. CONDENAR a COLPENSIONES** a recibir los valores enunciados en el literales B. de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de IRENE GARCÍA MERCHÁN al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

Demandante: **IRENE GARCÍA MERCHÁN.**

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

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.0000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

AUTO

Téngase como apoderada sustituta de la U.G.P.P., a la Dra. Mariana Galindo Ruíz, identificada con C.C. 1.032.437.264 y T.P. No. 253.070 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución de poder a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JULIO SERNA PEÑA** promoviese contra **la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - U.G.P.P.**

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa aspira a que le sea reliquidada la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el salario promedio mensual devengado en el último año de servicios.

Así mismo depreca se paguen las diferencias resultantes, los incrementos anuales, las mesadas adicionales y los intereses de mora.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, narra los siguientes hechos: **1)** Prestó sus servicios a la antigua Caja Agraria entre el 26 de febrero de 1982 y el 7 de abril de 1993; **2)** Para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 1.000 semanas en tiempo de servicio; **3)** Ostentó la calidad de trabajador oficial; **4)** El último salario promedio mensual devengado fue la suma de \$1.237.377; **5)** Dicho salario debe ser indexado desde la fecha del retiro, esto es el año de 1993 hasta la fecha que obtuvo el derecho a pensionarse; **6)** La demandada, por medio de Resolución RDP 025995 del 22 de junio de 2017, ordenó dar cumplimiento al fallo emitido por la H. Corte Suprema de Justicia; **7)** La UGPP reconoció la primera mesada pensional por valor de \$616.000; **8)** Para la liquidación de la pensión, la UGPP no tuvo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios; **9)** A la fecha percibe la suma de \$781.242 por concepto de mesada pensional.

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

Actuación procesal

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada en debida forma, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** (fls. 53 a 63). Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó cosa juzgada, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan sobre los factores sobre los cuales se hubieren realizado efectivamente las cotizaciones y la innominada.

En su defensa expuso, que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar como quiera que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada respecto de la sentencia del 30 de abril de 1996 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión restringida de jubilación a favor del demandante, sentencia que no fue recurrida en casación, por lo que se reconoció el derecho en cuantía no inferior a un salario mínimo conforme los factores demostrados y estudiados en dicho trámite.

Adujo que, mediante Resolución RDP 025995 del 22 de junio de 2017, esa entidad dio cumplimiento a la decisión judicial en mención y que, conforme ésta, el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación se hizo en razón de lo dispuesto en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, además, en dicho proceso se brindaron todas las garantías procesales y se efectuó el

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

respectivo estudio de los factores que le fueron reconocidos y por ello opera el fenómeno de la cosa juzgada.

Citó la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 62723 y conforme a esta indicó que el demandante no tendría derecho a recibir la pensión solicitada conforme la Ley 171 de 1961, teniendo en cuenta que para adquirir la pensión proporcional por retiro voluntario, se requiere que el trabajador haya cumplido el requisito de edad antes del 1° de abril de 1994, por lo tanto, el demandante no tiene un derecho adquirido, además, el Acto Legislativo 01 de 2005 establece que no se puede invocar norma o acuerdo alguno para no atender el contenido de las normas del sistema general de pensiones después del 31 de julio de 2010.

Finalizó diciendo que, en el hipotético caso de que las pretensiones prosperen, solicita liquidar la pensión conforme a la asignación básica y factores salariales contemplados en el artículo 1° y 3 de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 del mismo año y no con el monto que alude la parte demandante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **A quo** dictó sentencia **condenatoria**, en la cual ordenó a la UGPP reconocer y pagar al demandante la suma de \$2.528.619,27 pesos por concepto del retroactivo, por la diferencia de las mesadas pensionales calculadas desde el 02 de marzo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2019 y la indexación de dicha suma a partir de la exigibilidad de cada una de las diferencias de las mesadas pensionales a partir de su causación y hasta el momento del pago, absolviendo de las demás pretensiones incoadas.

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

Para adoptar tal determinación, el Juez de primer grado indicó, en primer lugar, que el derecho pensional del accionante le fue reconocido a través de la vía judicial mediante un proceso anterior, en el que las pretensiones iban encaminadas principalmente a su reintegro y de manera subsidiaria al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, decisión que en primer grado fue absolutoria y que fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 30 de abril de 1996.

Precisó que tal determinación cobra relevancia en el presente proceso, pues allí se dispuso el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación a partir de la fecha en que el demandante cumpliera 60 años, con la advertencia de que dicha pensión no podría ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, conclusión a la que se arribó ante la imposibilidad del reintegro que se derivaba de la liquidación de la allí demandada, razón por la que se accedió a la pretensión subsidiaria, esto es al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 por haber laborado el demandante más de 10 años al servicio de la entidad y por ello condenó a su reconocimiento y pago a partir de que el demandante cumpliera 60 años, además - anotó - que dicha providencia determinó como valor de la prestación reconocida la suma de \$100.783,50, sin que pudiera ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente y que la misma se pretendió materializar mediante la Resolución RDP 025995 del 22 de junio de 2017.

Expuso, frente a la cosa juzgada, que esta no se dio con la decisión antes referida, ni dentro de sus efectos se encuentra la

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

pretensión relacionada con la indexación de la primera mesada pensional, argumento que se expuso al momento de decidir sobre la excepción previa de cosa juzgada, sin embargo, las sentencias proferidas sí tienen el efecto de cosa juzgada en los términos del artículo 303 del Código General del Proceso, por lo que el monto de la mesada pensional es el establecido en esa sentencia, el cual, el Tribunal determinó en la suma de \$100.783,50 pesos como valor de la mesada pensional, decisión esta que queda cubierta por los efectos de la cosa juzgada, máxime cuando no se evidencia un error sustancial que afecte los derechos del demandante.

Explicó que el anterior valor es el que se tendrá en cuenta para efectos de calcular la indexación de la primera mesada pensional, cuya procedencia es un asunto definido sin ninguna limitación por la calidad de la pensión reconocida, ni por el período en el que se le haya reconocido el derecho, ello tal y como lo determinó la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 1073 de 2012, así mismo por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 736 del 16 de octubre de 2013, en donde se abandonó el criterio de aplicar la indexación solo a pensiones reconocidas con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991.

Determinado lo anterior, dijo, y teniendo el valor de la mesada pensional ya definido, realizadas las correspondientes operaciones matemáticas, con el valor de \$100.783,50, teniendo como fecha inicial el 07 de abril de 1993 y la fecha final el 02 de marzo de 2014, data en la que el demandante cumplió los 60 años, que se refleja un IPC inicial de 12.14 y un IPC final de 79.56, el valor actualizado que arroja es la suma de \$660.489, el cual tiene una diferencia frente al valor de \$616.000 pesos, suma que fue reconocida por la hoy demandada inicialmente, por lo que

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

la diferencia pensional corresponde a la suma de \$44.488,90 mensuales y así sucesivamente por los años subsiguientes, advirtiéndose que en virtud de los incrementos ordenados por el Gobierno Nacional para el año 2020, esa diferencia se pierde y sólo se mantuvo hasta el 2019 una diferencia de \$2.137,81.

Concluyó indicando que, efectuadas las operaciones del caso, el total a pagar por concepto de retroactivo de la diferencia entre las mesadas pensionales es la suma de **\$2.528.019,27** pesos, correspondientes al periodo comprendido entre el 02 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2019, calculado sobre 14 mesadas pensionales, suma que no se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción, bajo el entendido que a partir del reconocimiento pensional, esto es a partir de la expedición de la Resolución RDP 025995 del 22 de junio del 2017, se cumplieron los términos establecidos en los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS pues la demanda se presentó el 8 de febrero del 2019.

En cuanto al pago de los intereses moratorios, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos proceden por mora en el pago de las mesadas pensionales, caso que no es el que se está analizando en este proceso, al evidenciar que lo que se resuelve son las diferencias causadas en virtud de su reconocimiento, sin embargo, a efectos de subsanar la devaluación del dinero, ordenó la indexación de la suma antes mencionada, la cual deberá ser calculada de conformidad con la exigibilidad de cada una de las diferencias de las mesadas pensionales por los periodos anteriormente indicados.

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

IV. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Expuso que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, los cuales se demuestran con la certificación expedida por el Ministerio de Cultura y que fue allegado al expediente.

Adujo que, al no condenarse al pago de intereses moratorios se le vulnera un derecho, ya que las diferencias pensionales también hacen parte de la mesada pensional y debieron haber sido ordenados desde que se reconoció el cumplimiento de la sentencia, ello se respalda con la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2018 proferida dentro del proceso No. 1500133330022170012001, en la cual se dice que la indexación de la primera mesada pensional se deberá reconocer en un proceso ordinario y no tener que llegar a un proceso ejecutivo para que se inicie o reconozcan las mesadas indexadas.

Finalmente, solicita que los cálculos de la indexación se hagan hasta el año 2020 y no como se hizo en la sentencia de primer grado.

La U.G.P.P

Precisó que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada con el fallo proferido el 4 de diciembre de 1996, en donde se ejecutaron los valores y la suma puntual que se debía reconocer al demandante; así las cosas, este proceso ya tuvo una instancia tanto en los órganos de reconocimiento inicial como en el órgano de cierre, por ello hizo tránsito a cosa juzgada.

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante proveído del 17 de septiembre de 2021, el cual fue utilizado por la parte demandada.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 64 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** por resolver se circunscriben, en **primer lugar**, a determinar si dentro del presente asunto operó el fenómeno de la cosa juzgada, tal como lo afirma la pasiva. De ser negativa la respuesta al interrogante anterior se debe definir, en **segundo lugar**, si es procedente ordenar la reliquidación de la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante, teniendo en cuenta todos los valores devengados durante su último año de servicios; de ser así, determinar si hay lugar al pago de las diferencias pensionales que resulten de la reliquidación, y en **tercer lugar**, si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre dichas diferencias.

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

DE LA COSA JUZGADA.

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la que se les otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Al respecto, el inciso 1° del artículo 303 del C.G.P. establece:

“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.

En aproximación a dicha norma, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha explicado que la fuerza de la cosa juzgada se presenta cuando un nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa de aquél donde se profirió la sentencia inicial, y entre ambos hay identidad jurídica de partes. Lo dicho, conforme a las sentencias del 23 de octubre 2012, Rad. 39366, reiterada el 24 de junio de 2015, Rad. 54726 y en la SL1881-2021:

“Puestas así las cosas, importa previamente recordar que la fuerza de la cosa juzgada --denominada también ‘res iudicata’-- se impone por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de las sentencias ejecutoriadas proferidas en procesos contenciosos, cuando quiera que el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto (eadem res), se funda en la misma causa que aquél donde se profirió la sentencia (eadem causa petendi) y entre ambos hay identidad jurídica de partes (eadem conditio personarum -- eadem personae).

Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

adquiere las características de 'definitividad' e 'inmutabilidad', que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido.

Pero para que la cosa juzgada adquiriera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir, necesariamente y en esencia las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan".

De esta manera, las sentencias o providencias dictadas en procesos ordinarios laborales debidamente ejecutoriadas, quedan revestidas por la fuerza de la cosa juzgada, esto es, por la imposibilidad de discutir y, mucho menos, enervar sus efectos dentro de un nuevo proceso, con tal suerte que una sentencia judicial en firme no sólo queda amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, sino que además adquiere las características de definitividad e inmutabilidad.

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN

Frente al particular, debe anotarse que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en lo pertinente dispone:

Artículo 8º. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.
(...)

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial.

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiterada en la SL2515-2017, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, consideró: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada *con anterioridad* a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad:

“Cabe aclarar que el criterio adocarinado de la Sala, consistente en que toda pensión, *ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal*, es susceptible de ser indexada **en su base salarial** con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente,

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad”.

Así mismo, la Alta Corporación estableció, en variada jurisprudencia, como por ejemplo en la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, que, para calcular la indexación se debe tener en cuenta la siguiente formula: $VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$; donde: VA = IBL o valor actualizado; VH = Ingreso base de cotización; IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

INTERESES MORATORIOS

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, conforme lo dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la procedencia del pago de intereses moratorios en casos como el que nos ocupa, ha sido el criterio mayoritario de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que no hay lugar a su pago cuando lo pretendido es la

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

reliquidación pensional, tal y como lo ha expuesto en sentencias como la SL 735-2018 y SL 262-2018.

En la sentencia SL 735 de 2018, se indicó:

“Importa anotar que no hay lugar a imponer condena por concepto de intereses moratorios, por cuanto los mismos no resultan procedentes en tratándose de reajustes pensionales. En efecto, conforme lo ha adocinado la Corte, sólo son viables dichos intereses cuando se trata del reconocimiento de la prestación completa, pues ello se desprende del texto de la norma.

Sobre este punto, es pertinente rememorar lo expresado en sentencia CSJ SL, 22 nov. 2004, rad. 23309, reiterada en sentencias CSJ SL, 2 ag. 2011, rad. 38926 y 15 may. 2012, rad. 43658, cuando se dijo:

Más no puede tener viabilidad la imposición de dicha medida, como cuando en el caso de autos, se trata de una diferencia pensional, más no de la falta de reconocimiento de la prestación. Así se ha definido de tiempo atrás en la sentencia 13717 traída a colación en la de radicación 21027 del 3 de septiembre de 2003 que a la letra señala:

<Además ha sostenido esta Corporación que los intereses moratorios “...sólo proceden en el caso que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando, como en este asunto ocurre, lo que se presenta es un reajuste a las mismas por reconocimiento judicial (Rad. 13717 – 30 junio de 2000), argumento este plenamente aplicable a este caso, pues la condena consistió en “los reajustes pensionales causados por su liquidación equivocada, actualizados anualmente a partir del 1° de enero de 1998, atendiendo el I.P.C. certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior>.

Por lo visto, se absolverá a la demandada de los intereses moratorios reclamados.”

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el asunto bajo estudio no son objeto de discusión los siguientes hechos:

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

- i) Que al demandante le fue reconocida una pensión restringida de jubilación por parte de la demandada mediante Resolución RDP 025995 del 22 de junio de 2017 (fls. 23 a 30 y 63);
- ii) Que dicha prestación fue reconocida en cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia el 4 de diciembre de 1996, que decidió *no casar* la sentencia dictada el 30 de abril de 1996 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que el señor Julio Serna Peña interpuso en contra de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (fls. 71 a 90); radicado 9116.
- iii) Las pretensiones del proceso tramitado bajo el anterior radicado iban encaminadas principalmente al reintegro y de manera subsidiaria al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, según se desprende de las sentencias de primera y segunda instancia de aquel proceso (fls. 71 a 81)
- iv) Conforme la sentencia proferida por el Tribunal, en dicha oportunidad se ordenó a Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero reconocer la pensión restringida de jubilación “en cuantía de \$100.783,50, a partir de la fecha en que el demandante cumpla 60 años”, indicando que la prestación no podía ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente; (fl. 75 a 81)
- v) La Resolución arriba citada, en cumplimiento a las providencias referidas, reconoció la pensión a partir del 02 de marzo de 2014, en cuantía de \$616.000 correspondiente a un salario mínimo mensual legal vigente;

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

Pues bien, atendiendo los problemas jurídicos planteados, debe resolver la Sala, en primer lugar, si dentro de este asunto se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, para lo cual, ha de rememorarse que para que este se presente, es necesario que exista entre los procesos, identidad de partes, de objeto y de causa.

Así, al revisar la documental arrimada al expediente, se tiene que:

En cuanto a la identidad de partes. Al respecto se observa que el proceso que se identificó con el No. 32.237 y que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, fue promovido por el señor Julio Serna Peña en contra de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, encontrándose que **existe identidad de las partes** con este asunto, ya que el demandante resulta ser el mismo y la hoy demandada la U.G.P.P., fue la entidad que asumió el pago de las obligaciones pensionales que se encontraban en cabeza de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Ahora bien, y en cuanto a la identidad de objeto, encuentra la Sala que en el proceso radicado No. 32.237, se perseguía el reintegro del demandante con su consecuente pago de salarios dejados de percibir, habiéndose solicitado de manera subsidiaria el pago de la indemnización convencional, reconocimiento y pago de la pensión de jubilación e indemnización moratoria, y en este asunto lo que el actor busca es la actualización de su primera mesada pensional, por lo que, claro emerge, **no se presenta una identidad de objeto.**

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

Finalmente, frente a la identidad de causa, se tiene que el anterior proceso se fundamentó en que el demandante laboró para la entidad demandada del 26 de febrero de 1982 al 07 de abril de 1993, que el vínculo se dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa y que para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta la suma de \$103.114,72 y la presente acción se fundamenta en el tiempo de servicios, el reconocimiento pensional y la falta de actualización de los factores salariales devengados por el accionante en el último año de servicios, razones por las cuales evidentemente **no puede predicarse identidad de causa.**

Por lo antes expuesto, no se evidencia que entre el proceso con radicado No. 32.237 promovido por el señor Julio Serna Peña en contra de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el que hoy ocupa la atención de la judicatura, se presente el fenómeno de la cosa juzgada tal y como en precedencia se expuso.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, procede la Sala a determinar si resulta procedente la reliquidación de la pensión restringida de jubilación del actor, teniendo en cuenta todos los valores devengados durante su último año de servicios, esto es del 7 de abril de 1992 al mismo día y mes del año 1993, tal y como se desprende de la documental visible a folios 33 a 34.

Frente al punto, lo primero por precisar es que dentro de la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 30 de abril de 1996 (fl. 75 a 81) en el proceso adelantado por el demandante en contra de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se estableció la cuantía de la pensión restringida de jubilación allí reconocida en la suma de \$100.783,50, suma que fue aceptada por el demandante, pues

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

según se consignó en la sentencia proferida por la Sala Laboral de la C.S.J., que resolvió definitivamente aquel asunto, la parte demandante *desistió* del recurso de casación (fl. 83 vto), con lo que se entiende que el accionante estuvo de acuerdo con los parámetros y la tasación hecha en aquella época por el Colegiado de instancia.

Así las cosas, tal y como acertadamente lo expuso el Juez de primer grado, no es dable en este nuevo proceso modificar un asunto que ya fue debatido en el proceso que fue fallado en el año de 1996 y cuya decisión no fue objetada o recurrida por el demandante, por lo que se tendrá como mesada pensional a indexar la suma de \$100.783,50.

Ahora bien, para el caso concreto tenemos que mediante Resolución RDP 025995 del 22 de junio de 2017 la UGPP reconoció al demandante la pensión restringida de jubilación, en cumplimiento al fallo judicial proferido por la Corte Suprema de Justicia el 4 de diciembre de 1996, reconociéndola en la suma de \$100.783,50 y ajustándola al salario mínimo mensual legal vigente para la fecha en que alcanzó el estatus, esto es 2 de marzo de 2014, sin embargo, al haberse terminado el vínculo laboral que existió entre el demandante y la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el día 7 de abril de 1993 (fl. 33-34), ciertamente se hace necesario evaluar si la suma reconocida en dicho acto administrativo ya se encuentra actualizada, por lo que se hace necesario efectuar las siguientes operaciones aritméticas conforme la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020:

$$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}^1;$$

¹ Donde: **VA** = IBL o valor actualizado; **VH** = Ingreso base de cotización; **IPC Final** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e **IPC Inicial** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302
Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**
Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

$VA = \$100.783,50 \times 79.56 / 12.14$
 $VA = \$660.488,90$

Suma que coincide con la calculada por el *a quo* en su sentencia, con lo que, en efecto, existe una diferencia entre la mesada reconocida para el año 2014 esto es \$616.000 y la indexada, esto es por valor de \$44.488,90.

Por ello, se proceden a efectuar los cálculos pertinentes así:

Año	Valor mesada pensional a pagar	Mesada pagada	Diferencias	Total a pagar por diferencias
2014	\$660.182	\$616.000	\$44.182	\$486.002
2015	\$686.345	\$644.350	\$41.995	\$587.930
2016	\$730.675	\$689.455	\$41.220	\$577.080
2017	\$772.689	\$737.717	\$34.972	\$589.608
2018	\$804.292	\$781.242	\$23.050	\$322.700
2019	\$829.868	\$828.116	\$1.752	\$24.528
2020	\$861.403	\$877.803	-\$16.400	\$0
2021	\$875.272	\$908.526	-\$33.254	\$0
			TOTAL	\$2.487.848

Como se observa, tal y como lo indicó el Juez de primer grado, las diferencias entre las mesadas canceladas y las que debieron pagarse solamente se presentan hasta el año 2019, pues a partir del 2020 se presenta una diferencia negativa, pues el salario mínimo mensual legal vigente supera el valor de la mesada que debió cancelarse al demandante.

Conforme lo antes expuesto y las operaciones matemáticas antes referidas, debe **MODIFICARSE** el numeral primero de la sentencia adoptada en primer grado, solamente en lo que respecta a la suma a pagar, para en su lugar condenar al pago

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

de **\$2.487.848** pesos, suma que deberá indexarse conforme allí se indicó.

Finalmente, debe indicarse que en caso como el que nos ocupa no resulta procedente el pago de los intereses moratorios, como quiera que lo que aquí se generó fue un reajuste de las mesadas pensionales y por ello no es viable su reconocimiento, tal y como lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias citadas en la parte motiva de esta providencia.

En todo lo demás se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar ordenar al pago de **\$2.487.848** pesos por concepto de retroactivo, y **CONFIRMAR** en todo lo demás dicha providencia, conforme lo razonado en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11001310503720190011302

Demandante: **JULIO SERNA PEÑA**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00093 -01

Demandante: **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA.**

Demandado: **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022+).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA** promoviese contra **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 01 de mayo de 2005 al 29 de febrero de 2016; que la terminación del vínculo laboral fue sin justa causa; que las cesantías y primas de servicios se debieron liquidar teniendo en cuenta el auxilio de transporte; y que la liquidación de aportes a seguridad social en salud y pensiones se debieron efectuar con el salario que realmente devengó. Como consecuencia de lo anterior, solicita sanción por no consignación de las cesantías; prestaciones sociales y aportes a pensión adeudados desde el 01 de mayo de 2005 hasta que se profiera sentencia definitiva, momento en el que se deben entender cesados los efectos del contrato de trabajo, al no haberse cumplido la obligación del parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002; indemnización moratoria; aportes a pensión; e indexación.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Laboró al servicio de Jesús Elí Díaz Bernal en calidad de empleada doméstica desde el 01 de mayo de 2005; **2)** Su último salario fue la suma de \$767.155; **3)** Cumplió sus labores personalmente, obedeciendo las instrucciones de su empleador y cumpliendo horario de trabajo; **4)** El 29 de febrero de 2016 se le dio por terminado su contrato de trabajo; y **5)** Le adeudan las acreencias laborales que pretende; además, no le fueron efectuados aportes a seguridad social en pensión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00093 -01

Demandante: **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA.**

Demandado: **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

A **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL** se le tuvo por NO CONTESTADA la demanda por haber sido presentada extemporáneamente por parte de su Curador Ad Litem (fl.109).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 26 de abril de 2021 dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que en cabeza de la demandante se encuentra la carga de acreditar el elemento de la prestación del servicio para poder declarar la existencia de un contrato de trabajo; que el testimonio de la señora Carmelina Rueda es de oídas, por lo que resulta insuficiente para tener por acreditado un contrato de trabajo; que la prueba documental es deficiente para tener por demostrada la relación laboral entre las partes, ya que, si bien versa sobre autoliquidaciones de aportes, las fechas que se establecen allí no coinciden con las que se señalan en el libelo demandatorio; y que aunado a lo anterior las incapacidades únicamente darían cuenta de una relación laboral máximo hasta el año 2008 y de forma interrumpida, no obra prueba de la que se pueda desprender que se extendió hasta el 2016 y que se desarrolló sin solución de continuidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La parte actora expuso que con la documental allegada al proceso se evidencia que existió una relación laboral entre las partes, pues están acreditados sus elementos, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación, y que la actora percibía un salario; que se probó la continuidad del vínculo laboral con la incapacidad aportada al proceso y las autoliquidaciones de aportes; y que en todo caso, el juez contaba con la facultad extra petita para reconocer lo que no se hubiere acreditado en el proceso.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de éstas.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00093 -01

Demandante: **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA.**

Demandado: **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si entre las partes existió una relación laboral y derivada de ella se adeudan las acreencias pretendidas en la demanda.

PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EXTREMOS TEMPORALES.

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

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

Igualmente, y en relación con la acreditación de los **extremos temporales** la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora: Así adocrinó:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Elvia María de Jesús Vega fue inscrita al I.S.S. por el señor Jesús Elí Díaz Bernal, quien señaló ante tal entidad que era su empleada doméstica y que ingresó el 01 de noviembre de 2006 (fl.17).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00093 -01

Demandante: **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA.**

Demandado: **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

- ii) A la accionante le fueron efectuados aportes a seguridad social para los periodos de marzo y julio de 2007 (fls. 24 a 29).
- iii) La actora estuvo incapacitada por 30 días a partir del 16 de mayo de 2008,; incapacidad que se prorrogó el 26 de mayo, 23 de junio, 12 de julio y 22 de julio de 2008 por 30 días, respectivamente, lo que fue notificado al demandado por parte de la Nueva E.P.S. el 04 de julio de 2009 (fls.18 a 23).

De igual manera, compareció a rendir testimonio **Carmelina Pardo Silva**, quien manifestó que conoce a la demandante hace 20 años; que ella trabajaba por días; que a partir de mayo de 2005 empezó a laborar con el demandado; que laboró con el accionado hasta mitad del año 2016; que le consta lo anterior, porque le prestaba para los transportes; que nunca acompañó a la demandante a su lugar de trabajo; que se enteró que la actora trabajaba para el demandado porque ésta le comentó, que a mediados de 2016 se enfermó de gravedad la hija de la actora, y por eso terminó la relación, ella tenía que ir y llevarla al hospital; y que la actora cuidaba los gemelos del demandado, hacía la comida y el aseo del apartamento, desde muy temprano hasta tarde.

Pues bien. Del análisis integral de las anteriores probanzas, considera la Sala que le asiste razón al Juez de Primera Instancia en cuanto a que no se logró acreditar de manera suficiente los periodos en los que se llevó a cabo la relación laboral; en efecto, de conformidad con la prueba documental, si bien se tiene que el señor Jesús Elí Díaz Bernal inscribió a la actora al I.S.S., señalando que ésta ingresó el 01 de noviembre de 2006, así como

efectuó aportes para los periodos de marzo y julio de 2007, lo cierto es que estos documentos por sí solos no dan cuenta del elemento de la prestación del servicio, recuérdese que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado *“que así como la historia laboral no prueba la existencia del contrato tampoco demuestra la calidad en que un funcionario presta sus servicios, pues las circunstancias que pueden rodear la afiliación al ISS y el pago de aportes no siempre corresponde a las realidades fácticas”* (SL1783-2021 y SL4697-2021). Asimismo, en la sentencia SL4697-2021 se dijo:

“En efecto, de la historia laboral expedida por Colpensiones, que la censura aduce no fue analizada, no puede derivarse equívoco del sentenciador, no solamente porque dicha prueba no es apta en sede extraordinaria -debido a que el ISS no es parte del proceso- sino también porque de tiempo atrás se ha establecido que aquella tan solo acredita los aportes del trabajador al sistema de seguridad social y, por lo mismo, no demuestra la existencia de una relación laboral o la ausencia de esta en un determinado tiempo”.

Del mismo modo, y en relación con las incapacidades allegadas, estas probanzas tampoco permiten extraer que existió un contrato de trabajo, pues lo cierto es que ninguno de estos documentos dan cuenta del elemento de la prestación del servicio, son insuficientes para establecer las condiciones en las que se efectuó la presunta relación que se pretende, por demás que como se dijo anteriormente, según criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia los pagos que se hubieren podido efectuar al sistema de seguridad social en salud *“no siempre corresponde a las realidades fácticas”*.

Así mismo, la testigo Carmelina Rueda Silva constituye un testigo de oídas, y por ende indirecto, pues según su declaración

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00093 -01

Demandante: **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA.**

Demandado: **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

nunca acudió al lugar de trabajo de la accionante, y basa su dicho en lo que ésta le comentaba, motivo por el que su declaración resulta insuficiente para declarar la existencia del contrato de trabajo alegado, pues no resulta lo suficientemente fehaciente, fidedigna, y certera. Lo dicho conforme al artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento.

En todo caso, y en gracia de discusión de tenerse en cuenta las documentales estudiadas, lo cierto es que se llegaría a conclusión similar a la del A Quo, esto es, que estas son insuficientes para tener por demostrada una relación laboral entre las partes.

Lo dicho, por cuanto si bien la Sala comparte el criterio sostenido por el sentenciador de primera instancia en lo referente a que se debían demostrar únicamente los extremos temporales requeridos en la demanda, ya que, éste cuenta con la facultad infra o minus petita, y en consecuencia podía reconocer el periodo de tiempo que se encontrara acreditado, siempre y cuando se encuadrara en los extremos temporales solicitados en la demanda, 01 de mayo de 2005 al 26 de febrero de 2016, lo cierto es que con la prueba documental recolectada únicamente se logran extraer periodos aislados de prestación de servicios, pues no se evidencia que del 01 de noviembre de 2006 (fecha en que se inscribió a la trabajadora ante el I.S.S.) al 21 de agosto de 2008 (fecha hasta la que se extendió la última incapacidad, la que tiene como fecha de inicio 22 de julio de 2008 y se expidió por 30 días), se prestó el servicio por parte de la demandada sin solución de continuidad, por lo que, no sería dable declararlo en tales condiciones, carga que le asistía a la parte actora, pues era

ésta quien debía demostrar los extremos temporales de la relación laboral (sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015).

En este punto, se aclara que se echa mano del principio infra o minus petita, y no del principio extra petita, como se señaló en la impugnación, ya que, el primero se refiere a la posibilidad de fallar por debajo de lo pedido, y la segunda, por fuera de lo pedido, no obstante, los extremos temporales que presuntamente estarían demostrados son por debajo de lo pedido, - 01 de noviembre de 2006 al 21 de agosto de 2008-, pues se requirieron como extremos temporales los del 01 de mayo de 2005 al 26 de febrero de 2016. En cuanto al principio infra o minus petita, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4816-2015 reiterada en la SL4515-2020 dijo:

“una revisión de las providencias dictadas en los últimos años sobre este punto, dan cuenta que el criterio que ha prevalecido en esta Corporación es aquel conforme al cual, el juez tiene el **deber**, no solo en los casos en los que se prueba un tiempo de servicios inferior al pretendido (CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35033; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 35666; CSJ SL, 17 jun. 2011, rad. 38182; CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768; CSJ SL806-2013; CSJ SL9112-2014; CSJ SL1012-2015), sino en otros (CSJ SL16715-2014), de dictar una condena minus petita que acepte parcialmente las pretensiones de la demanda, esto es, que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado (art. 305 C.P.C.).

Así, por ejemplo, esta Sala en sentencia CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215, reiterada en CSJ SL, 17 jun. 2011, rad. 38182; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35033 y CSJ SL806-2013, señaló:

El artículo 305 del CPC dice:

“Congruencia. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00093 -01

Demandante: **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA.**

Demandado: **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada por ésta.

“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

“...”. La consonancia contemplada en esta norma es una regla que orienta la decisión que debe adoptar el juez, pues le señala la obligación de estructurar su sentencia dentro del marco que conformen las partes con los planteamientos que hagan en sus escritos de demanda y de contestación.

Para que la sentencia sea consonante, el juez debe ajustarse a los postulados que las mismas partes le fijan al litigio y por eso no puede resolver más allá ni por fuera de lo pedido, pues de hacerlo incurriría, en el primer caso, en un pronunciamiento ultra petita y en el segundo, en uno extra petita. Tal limitación no existe en el proceso laboral que contempla para el juez la posibilidad de hacerlos dentro de ciertos requisitos.

Pero la norma bajo estudio no proscribe decidir por debajo de lo pedido de modo que, cuando las partes logran probar menos de lo que pretenden, la decisión que acoja el derecho dentro de esos parámetros inferiores, no se sale de los hechos básicos y por tanto el juez debe reconocer lo que resulte probado y denegar lo demás. En este caso la resolución es infra o minus petita y está dentro del marco previsto por el artículo 305.

El fundamento esencial de la demanda no cambia cuando los hechos del juicio indiquen que el tiempo de servicios fue inferior al que se alegó en la demanda, que en últimas es lo que ocurrió en este proceso frente a algunas de las pretensiones, por lo que debe concluirse que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 305 del CPC, al negarse a estudiar las pretensiones por encontrar que entre las partes se habían estructurado dos contratos de trabajo independientes y que el último no correspondía a los límites o extremos temporales señalados en la demanda inicial.

En similar sentido, esta Corte en sentencia CSJ SL, 22 ago. 2008, rad. 38182, expresó:

No está demás advertir por la Sala que nada obsta para que el juez declare la existencia de dos contratos de trabajo, pese a que el demandante invocó la existencia de uno solo, pues es bien sabido que el principio de consonancia contenido en el artículo

Demandante: **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA.**

Demandado: **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

305 del CPC que informa las sentencias de instancia respecto de las pretensiones solicitadas, no excluye la posibilidad de que se profiera un fallo infra petita.

Y en la CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768, dijo:

No obstante, lo anterior no implica que los jueces estén impedidos para decidir por debajo de lo pedido, ni ello tampoco desconoce el imperioso mandato del artículo 305 del C. P. C., de modo que cuando las partes logran probar menos de lo pretendido, es obligación del juez proferir decisión que acoja lo demostrado, pero sin salirse dentro de los extremos inicialmente fijados, debiendo en consecuencia denegar lo demás, caso en el cual decisión es minus petita.

Los extremos de la litis no cambian cuando se demuestre un tiempo de servicios inferior al que se alegó en la demanda.

Por manera que, le asiste la razón al recurrente al considerar que si el Tribunal encontró demostrado que la relación laboral de las partes no fue lineal en el tiempo, sino fraccionada, de modo que no podía predicarse la existencia de un contrato de trabajo, sino de varios, debió dictar una sentencia minus petita que acogiera parcialmente las pretensiones incoadas, en el sentido de declarar la existencia de aquella o aquellas relaciones de trabajo que estuvieran probadas”.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

No se causaron costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00093 -01

Demandante: **ELVIA MARÍA DE JESÚS VEGA.**

Demandado: **JESÚS ELÍ DÍAZ BERNAL.**

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. - No se causaron costas en esta instancia.

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

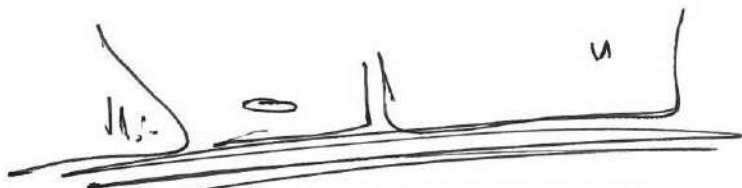
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de las demandadas, así como desatar el grado jurisdiccional de Consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JAIME TORRES DONNEYS** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital obrante en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, y bonos pensionales; y que COLPENSIONES active su afiliación, y reciba la totalidad de los aportes, rendimientos y bono pensionales.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (02Contestacion de la carpeta), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Adujo que para el momento en que la accionante solicitó su traslado pensional contaba con 64 años; y que la actora no contaba con 15 años de cotizaciones al 01 de abril de 1994 para poder retornar en cualquier tiempo al régimen de ahorro individual, conforme lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002 y SU-062 de 2010.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

Explicó que no es dable aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, ya que, los traslados que allí se estudiaron, los afiliados estaban inmersos en una prohibición legal de traslado, eran beneficiarios del régimen de transición o contaban con una expectativa legítima de pensión.

En último término, manifestó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la demandante conforme al artículo 167 del C.G.P.; que declarar la nulidad o ineficacia del traslado descapitaliza el sistema pensional, pues la demandante no ayudó a financiar el sistema ni cobró los gastos de administración; y que no pueden destinarse dineros de las instituciones públicas a fines ajenos a ellos, como sería el pago de costas.

COLFONDOS S.A. (fls. 1 a 11 del archivo 07 subsanación contestación Colfondos), no presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó buena fe, y la innominada o genérica.

Indicó que la afiliación es completamente válida y mi representada obro de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, de modo que si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se opondrá a tal decisión y bajo ese supuesto, procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando esta decisión no implique algún tipo de responsabilidad, tales como costas.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de febrero de 2021, en la que DECLARÓ que el traslado que hizo el actor del régimen de prima

media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS, con formulario del 26 de julio de 2001, es ineficaz y por ende, no produjo ningún efecto jurídico. Condenó en consecuencia a COLFONDOS a transferir al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración indexada, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o de pensión de garantía mínima; ordenó a COLPENSIONES que reciba los recursos provenientes de la AFP COLFONDOS y reactive la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y se abstuvo de condenar en costas.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar a los usuarios la información transparente y necesaria para que los posibles afiliados puedan hacer juicios claros y objetivos acerca de los fondos de pensiones y escoger las mejores opciones del mercado.

Indicó que la carga de acreditar que se suministró el deber de información recae en el fondo privado, pues además que es la entidad que puede demostrar tal obligación, toda negación indefinida está exenta de prueba y le corresponde contrarrestarla a la contraparte; que COLFONDOS S.A. no demostró que se suministró suficiente información al accionante, pues no obra prueba documental de la que se logre extraer tal situación, y en interrogatorio de parte no se incurrió en confesión.

Concluyó advirtiendo que la ineficacia de traslado es una declaración conexas al derecho a la seguridad social, derecho que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

es de rango constitucional y, por ende, irrenunciable e imprescriptible; que no está demostrado que la decisión este en contravía del peculio del sistema, por demás que si COLPENSIONES considera que se le causó un perjuicio tiene derecho a iniciar las acciones legales por tal situación; y que no se imponen costas al no existir oposición de COLFONDOS S.A. y no ser COLPENSIONES la causante del traslado del actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLFONDOS S.A.

Indicó que no fue la demandada quien buscó al demandante para persuadirlo que se cambiara de régimen pensional, sino que fue él quien se trasladó de manera libre y voluntaria, pues lo que lo estaba motivando era poder suscribir su contrato de trabajo; que en cuanto a los gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, el fondo privado está facultado para descontar dichos emolumentos, debiendo existir restituciones mutuas que no es otra cosa que el regreso de las cosas al punto en que se encontraban antes, de modo que, el actor debería efectuar una devolución de lo que ha recibido; y que con la indexación se está desconociendo que el fondo veló por las contingencias del actor durante el tiempo que estuvo afiliado, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, y un empobrecimiento correlativo de COLFONDOS S.A., puesto que de su propio patrimonio va tener que asumir tales rubros, por demás que los aportes del actor generaron rendimientos.

COLPENSIONES.

Indicó que el demandante hizo uso de su derecho pensional de traslado conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin

que se haya ejercido presión o coacción alguna, pues tomó su decisión de forma libre y voluntaria ante la necesidad de vincularse laboralmente, por demás que no estuvo interesado en solicitar información adicional de sus condiciones laborales; que el actor sólo pensó en retornar cuando cumplió la edad de 62 años, esto es, cuando ya estaba inmerso en la prohibición legal de retornar; que se encuentra ratificada la voluntad del actor, debido a que desde 2001 ha realizado aportes y no presentó queja sobre su afiliación.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Así mismo se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las apoderadas de COLPENSIONES y de la parte actora para reafirmar sus argumentos.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

VI. CONSIDERACIONES

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

INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal

ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.
Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

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

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

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

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

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

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

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 01 de abril de 1978 presenta aportes, según historia laboral y forma CLEBP obrantes a folios 39 a 42 y 55; **ii)** El 26 de julio de 2001 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. (fl.74); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 27 y 29 de mayo de 2019 ante COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por dichas entidades (fls. 70, 71, 75 y 76).

A folio 74 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 26 de julio de 2001 con COLFONDOS S.A., el cual si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que en éste se limitó a exponer que al momento de la afiliación ante la falta de formularios para inscribirse en el I.S.S. y dado su necesidad de vincularse laboralmente optó por solicitar información de un fondo privado, en la que el asesor que estaba presente fue quien llenó la información correspondiente y le facilitó el trámite, por lo que la información con la que contaba el accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, resulta bastante precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo es la coacción o presión, resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

(...)

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

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

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **CONFIRMARÁ** la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Jaime Torres Donneys del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de COLFONDOS S.A. respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas de administración y que no sea dable efectuar descuentos de los seguros de invalidez y muerte, debe decirse que, en sentencia SL1421-2019

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

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

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

(...)

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de rendimientos al hacer parte de la cuenta de ahorro individual del actor, y los gastos de administración que se hubieren cobrado debidamente indexados, sin que sea posible que la demandada haga descuentos por seguros de invalidez o muerte, pues al existir una conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio.

Al punto, se estima ajustado a derecho la condena a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en las providencias SL3199-2021,

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras. En la primera de éstas se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración **debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar debidamente indexados**, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

Sobre el tópico, es necesario aclarar que los gastos de administración y los aportes pensionales son dos rubros distintos, y que los primeros no generan la actualización de los segundos, por lo que con su imposición no deviene en una doble condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, tal como ya lo estudio la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, según la cual, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Por lo brevemente expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. No se imponen a COLPENSIONES por cuanto no participó en el acto de traslado del señor Jaime Torres Donneys.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

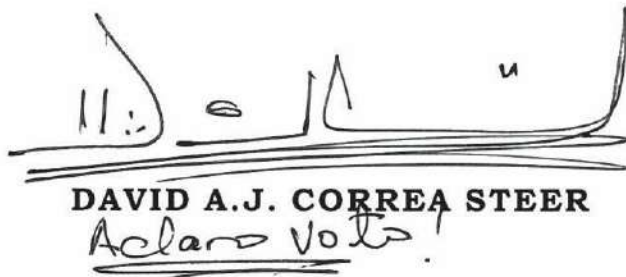
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00668 -01.

Demandante: **JAIME TORRES DONNEYS.**

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLFONDOS S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las apoderadas de las demandadas, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de

PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital obrante en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, descuentos por administración, y descuentos por pérdidas que se le hayan aplicado; y que COLPENSIONES active su afiliación, reciba la totalidad de sus aportes, rendimientos y descuentos de administración, como si nunca hubiera existido traslado de régimen.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (02 contestación Colpensiones 20200714), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Adujo que la actora no hizo uso del derecho de retracto dentro de los cinco días siguientes a su afiliación; que el error que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y PROTECCIÓN S.A. por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que el término para alegar la rescisión de un contrato es de cuatro años según el artículo 1750 del C.C.; y que hubo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

una ratificación tácita del consentimiento, ya que la actora ha consentido que se hagan sus descuentos a pensión.

Explicó que no es dable aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, pues en los traslados que allí se estudiaron, los afiliados estaban inmersos en una prohibición legal de traslado, eran beneficiarios del régimen de transición o contaban con una expectativa legítima de pensión.

En último término, manifestó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la demandante conforme al artículo 167 del C.G.P.; que declarar la nulidad o ineficacia del traslado descapitaliza el sistema pensional, pues la demandante no ayudó a financiar el sistema ni cobró los gastos de administración; que desde el 11 de febrero de 2011 se le comunicó a la actora su negativa de acceder a su traslado de régimen pensional, demandándose luego de transcurridos más de tres años desde tal fecha, por lo que operó el fenómeno prescriptivo; y que no pueden destinarse dineros de las instituciones públicas a fines ajenos a ellos, como sería el pago de costas.

PROTECCIÓN S.A. (04 memorial contestación protección 20201014), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, y la innominada o genérica.

Indicó que la demandante suscribió formulario de afiliación mediante el que manifestó su voluntad de estar en el R.A.I.S., suscribiéndolo e indicando que la afiliación se realizó libre de vicios del consentimiento; que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la que se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento; y que capacitaba a sus asesores de la mejor manera para que puedan brindar una asesoría clara, completa, integral, y profesional, indicándose a los afiliados la posibilidad que tienen de optar por una pensión a una edad anticipada siempre y cuando cuenten con capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal, la figura de la garantía de pensión mínima de vejez, la posibilidad de obtener excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial de los aportes, entre otras características del régimen.

Señaló que fue con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 que se estableció expresamente el deber de informar a los consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales; que sólo con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 se ordenó a las A.F.P. poner a disposición de los usuarios herramientas financieras que permiten obtener mayor comprensión sobre el régimen pensional seleccionado; que con la Circular 016 de 2016 surgió la obligación para las administradoras de conservar soportes documentales que den cuenta de la doble asesoría; y que el traslado de la actora fue en 1994, por lo que no se podía exigir todo lo anterior.

Finalmente afirmó que el término de prescripción inicia desde el momento que se suscribe el acto o contrato, esto es, desde la suscripción del formulario de afiliación- 18 de abril de 1994-, habiendo transcurridos más de los cuatro años de que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

trata el artículo 1750 del C.C.; que no es dable ordenar a la demandada devolver los rendimientos, la comisión de administración, y el seguro previsional, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas, y que en virtud del principio de las restituciones mutuas no posible trasladar.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 23 de marzo de 2021, en la que **declaró la ineficacia del traslado** de régimen efectuado el 01 de mayo de 1994 a través de la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., en consecuencia condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas debidamente indexadas), sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con a COLPENSIONES y a esta última que reciba los dineros y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar a los usuarios la información transparente y necesaria para que los posibles afiliados puedan hacer juicios claros y objetivos acerca de los fondos de pensiones.

Indicó que la carga de acreditar que se suministró el deber de información recae en el fondo privado, y que toda negación indefinida está exenta de prueba y le corresponde contrarrestarla a la contraparte; que PROTECCIÓN S.A. no demostró que se

suministró suficiente información a la accionante, pues no obra prueba documental de la que se logre extraer tal situación, y en interrogatorio de parte no se incurrió en confesión; que el formulario de afiliación no da cuenta que recibía una asesoría en las condiciones que se establece desde la Ley 100 de 1993 en consonancia con el estatuto financiero.

Concluyó advirtiendo que la ineficacia de traslado es una declaración conexas al derecho a la seguridad social, derecho que es de rango constitucional y, por ende, irrenunciable, imprescriptible, e insanable; que no está demostrado que la decisión este en contravía del peculio del sistema, por demás que si COLPENSIONES considera que se le causó un perjuicio tiene derecho a iniciar las acciones legales por tal situación; y que no se imponen costas a COLPENSIONES por no ser la causante del traslado de la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PROTECCIÓN S.A.

Indicó en relación con los gastos de administración y el seguro previsional, que la administradora realizó una excelente gestión de estos, por lo que la decisión de trasladar tales rubros es castigarla, pese a su excelente gestión; que aunado a lo anterior se están desconociendo el principio de las restituciones mutuas, pues ese está frente a cuotas ya causadas y pagadas a terceros de buena fe, y consecuencia de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado anterior, como si nunca hubiera estado afiliado, por lo que no debió causar rendimientos; y que los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales están sometidos al fenómeno prescriptivo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

COLPENSIONES.

Indicó que en el interrogatorio de parte, la actora confesó que se le brindó asesoría, que duró 15 minutos, que la información fue suficiente, y que su motivación para efectuar el traslado es el monto pensional; que con el formulario de afiliación se demuestra la voluntad libre de la actora de realizar su traslado; que después de tanto tiempo la única que podía demostrar que no se le brindó el deber de información era la demandante, por demás que nadie está obligado a probar lo imposible; que brindar asesoría señalando ventajas y desventajas para el momento de la afiliación era improcedente; que con el acervo probatorio recolectado no se logra establecer que se está frente a un vicio del consentimiento; que la demandante no tomó la iniciativa de efectuar su traslado de régimen pensional, por lo que consideraba que el fondo satisfacía sus necesidades; y que la decisión descapitaliza el sistema, pues la actora no realizó ningún aporte a Colpensiones, y existen múltiples demandas sobre la materia.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021 se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta y posteriormente se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para reafirmar sus argumentos.

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

adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

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

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde

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

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

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

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a brindar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

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

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

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

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

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable (...)

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

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

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

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

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

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

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

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

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

(...)

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

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

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

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 03 de mayo de 1982, según historia laboral obrante en la carpeta 02

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

contestación Colpensiones 20200714; **ii)** El 18 de abril de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. (fl.32); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 30 de septiembre de 2019 ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por dichas entidades (fls. 23 a 31 y carpeta 02 contestación Colpensiones 20200714).

A folio 32 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18 de abril de 1994 con PROTECCIÓN S.A., el cual si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos ya expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que en este se limitó a exponer que cuando trabajaba en la Constructora Camu, llegaron unas personas de Colmena a decirles que los fondos privados eran buenos, que iba a perder sus tiempos en el I.S.S., que el fondo era más rentable; y que no le informaron cómo se construía su pensión, lo que era un bono pensional, y la posibilidad de heredar

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

aportes; por lo que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, resulta muy precaria, y de ella, en forma alguna puede derivarse una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Asimismo, es necesario aclarar que la petición del 20 de octubre de 2017 obrante en la carpeta 02 contestación Colpensiones 20200714, también resulta insuficiente para determinar que se logró acreditar el referido deber de información, por cuanto la misma, tan sólo da cuenta de una solicitud de corrección de tiempos, y no de forma alguna que la accionante tuviera conocimiento del funcionamiento del régimen de ahorro individual.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento **es la ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo es la coacción o presión, resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

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

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

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **CONFIRMARÁ** la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Beatriz Amparo Aristizabal Fernández del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de PROTECCIÓN S.A. respecto de la orden de devolución de las cuotas de administración y que no sea dable efectuar descuentos de los seguros de invalidez y muerte, debe decirse que, en sentencia SL1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de rendimientos al hacer parte de la cuenta de ahorro individual del actor, y los gastos de administración que se hubieren cobrado debidamente indexados, tal como lo ordenó el A Quo, sin que sea posible que la demandada haga descuentos por seguros de invalidez o muerte, pues al existir una conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio.

Frente a la indexación de los gastos de administración, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, la condena del A Quo, como se dijo es acertada, pues el reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en las providencias SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras. En la primera de éstas se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración **debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar debidamente indexados**, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera** conforme el análisis efectuado en la sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales de la afiliada, tal como se dijo en la tantas veces

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. No se imponen a COLPENSIONES por cuanto no participó en el acto de traslado de la señora Beatriz Amparo Aristizabal Fernández.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en esta providencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00719 -01.

Demandante: **BEATRIZ AMPARO ARISTIZABAL FERNÁNDEZ.**

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

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

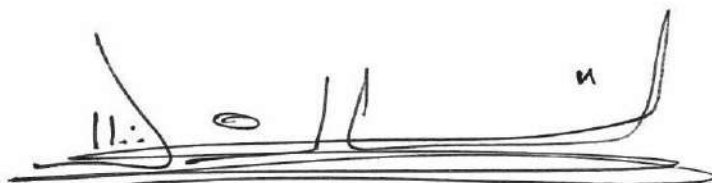
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO