



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por VILMA CONSUELO ANGEL JIMENEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-002-2019-00648-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de diciembre del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **VILMA CONSUELO ANGEL JIMENEZ** presentó demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, efectuada por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 19 de febrero de 2001 ante la omisión de éste fondo del deber de informar a la demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos beneficios y desventajas. En consecuencia, solicitó condenar a PORVENIR S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, con todos los rendimientos que se hubieren causado y a COLPENSIONES a recibirla

como afiliada con los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS, contabilizando para efectos de pensión las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS. Por último, se condene a lo ultra y extra petita, así como al pago de costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente y en caso de no prosperar la pretensión primera principal, solicitó declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos de su traslado del RPMPD al RAIS, en cabeza de PORVENIR S.A., el diecinueve 19 de febrero de 2001, con fecha de efectividad el 01 de abril de 2001 al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a ese fondo privado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -I.S.S.-, hoy COLPENSIONES, desde el día 11 de agosto de 1986. Adujo que, estando afiliada al ISS se trasladó a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad 1º de abril de 2001 sin ser asesorada o informada por ese fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones, así entonces, mediante solicitud radicada el 26 de marzo de 2009, solicitó a COLPENSIONES el traslado del RAIS al RPMPD, obteniendo respuesta negativa el 18 de junio de 2018 (Expediente Digital: 0101. 2019-648 Expediente Físico, Págs. 04 a 24).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, considerando para ello, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, indicó no evidenciar dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la accionante, observando que las documentales se encuentra sujetas a derecho, habiéndose realizado el traslado de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Así mismo, señaló que la demandante no cumplió con los requisitos de la sentencia SU-

062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del Sistema Pensional», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción de la acción laboral» «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» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 06. Contestación Colpensiones 19-11-2020, Págs. 02 a 41).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su nombre por considerar que la afiliación realizada por la parte demandante con PORVENIR S.A. en el año 2001 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Preciso que, al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no deriva la devolución de los aportes ni rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, solicitó que en caso de condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración, ello no dé lugar a ser trasladados, por cuanto fueron causados de tracto sucesivo, al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, y además, se configura un enriquecimiento sin causa, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Expediente Digital: 09. Contestación Porvenir 29-04-2021, págs. 02 a 28).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la señora VILMA CONSUELO ÁNGEL JIMÉNEZ, a PORVENIR S.A. el 19 de febrero de 2001. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, sin lugar a descuento alguno, a COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y a tener como válida la afiliación de fecha 26 de febrero de 1974. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, con base en la evolución de la normativa laboral, se han definido tres etapas para establecer el deber de información que está a cargo de las AFP, inicialmente, el deber de información que va desde 1993 a 2009, posteriormente el deber de información y buen consejo de 2009 a 2014 y finalmente el deber de información, buen consejo y doble asesoría a partir del 2014 en adelante, lo cual es analizado en la jurisprudencia laboral, explicó que allí se dejó consignado el alcance y contenido mínimo de dicho deber, anotó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en el campo de la Seguridad Social existe un ineludible deber de tener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de la afiliación al régimen, es decir, que ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, agregó que la Alta Corporación, ha reiterado que, procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado al RAIS, cuando los fondos incumplen con el deber de información que debe incluir los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, las proyecciones de las prestaciones y el capital necesario para obtenerlas en cada uno de ellas sin que fuera válido alegar la firma del formulario del afiliado como prueba de este, aclaró que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, el fondo privado debe devolver aportes a pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y demás emolumentos al ISS, hoy COLPENSIONES, debiendo asumir los efectos negativos que tiene el afiliado. Advirtió que, una vez revisadas las pruebas allegadas al plenario no se pudo establecer que se hubiere brindado información suficiente al momento de realizar su traslado, por lo que concluyó que se omitió en el momento del traslado de régimen el deber de información con la accionante, pues no comunicó las condiciones que debía cumplir para dicha expectativa y las consecuencias derivadas del cambio de régimen, por lo cual señaló que ello deriva en la ineficacia del traslado con las respectivas consecuencias. En cuanto a la excepción de prescripción, estimó que la SCL de la CSJ ha señalado que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación no puede verse afectado por el fenómeno prescriptivo en tanto se relaciona con el derecho a la pensión.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia argumentando para tal efecto, que no se valoró que el consentimiento informado para la libre escogencia del fondo se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, y, además, requerimiento legal, suscrito por la parte demandante que se presume como una persona capaz para obligarse. Agregó que,

PORVENIR S.A., siempre garantizó el derecho de retracto, más aún, cuando el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en donde informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003. Asimismo, argumentó que con la decisión proferida el A quo, se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada de la demandante. Indicó que tampoco procede la condena por gastos de administración, pues ello se destina a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción. Del mismo modo, explicó que al ordenar el traslado se configuraría un enriquecimiento sin justa causa y transgrede el principio de las restituciones mutuas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** presentó recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia argumentando para tal efecto, que la demandante al realizar la solicitud a la AFP ya estaba inmersa dentro de una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, igualmente especificó que no obra prueba alguna de estar en vicios del consentimiento ni un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico. En igual sentido, expresó que hay una ratificación tacita, pues durante la firma del formulario de afiliación y la fecha de presentación de la demanda ha consentido que se le hagan los descuentos respectivos con destino a la cuenta de ahorro individual. Finalmente agregó que, sobre el deber de información, para la época del traslado no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde se plasmó la intención de pertenecer al RAIS y de llevarse a cabo la ineficacia de traslado, solicitó se condicione el cumplimiento de la Sentencia por parte del fondo privado, previa traslado en su totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada solicitando revocar la sentencia en todas sus partes y como consecuencia se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora. La parte demandante, su turno, solicitó la confirmación de la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación de la demandante en el RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y, en tal sentido, de salir adelante, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 25 del archivo «01. 2019-648 Expediente Físico», obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 25

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

de diciembre de 1961, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 05 de septiembre de 2018 (pág. 28), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 298,86 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: 07. Colpensiones Expediente Administrativo 20-11-2020), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 19 de febrero de 2001, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (Exp. Digital: 09. Contestación Porvenir 29-04-2021, Pág. 69).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación

de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (19 de febrero de 2001), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como

quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-*

2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

Y en lo que refiere a la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.»* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De igual forma, no incide que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **modificará** la decisión de primer grado, en el sentido de precisar que la devolución ordenada, incluidos los gastos de administración, deben ser

indexados al momento de ser recibidos por parte de **COLPENSIONES**. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

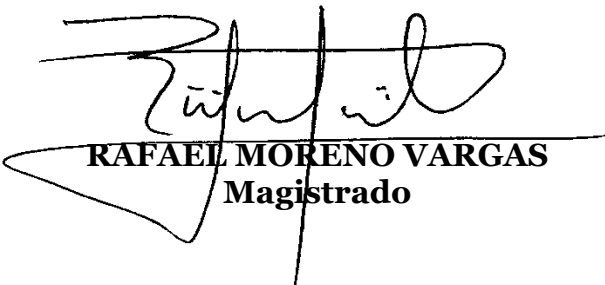
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de precisar que la devolución de los conceptos allí ordenados, deben ser indexados al momento de su traslado a COLPENSIONES, según el sentido y alcance de las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DIANA WIESNER CEBALLOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-002-2020-00182-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de diciembre del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **DIANA WIESNER CEBALLOS** presentó demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada a la AFP COLFONDOS por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento y por cuanto no se cumplió con el deber de información. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS a registrar en su sistema de información que NO efectuó ninguna vinculación válida a dichas administradoras, así como a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual y que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc. Se condene a COLPENSIONES a registrar su afiliación y actualizar su historia laboral y las

cotizaciones efectuadas en el RAIS. Por último, que se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 23 de mayo de 1966 y comenzó a cotizar bajo el empleador URBANA LTDA en forma ininterrumpida desde el 02 de mayo de 1990 hasta el 30 de noviembre de 1996 un total de 215,71 semanas tal y como consta en la historia laboral expedida por COLPENSIONES. Que en el mes de noviembre de 1996 se afilió a la AFP PROTECCIÓN a efectos de vincularse al RAIS, empero, para ello no se le brindó información sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional, así como también sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional. Indicó que en el mes de junio se afilió a la AFP COLFONDOS e igualmente tampoco le ofreció dicha información. Posteriormente, decidió contratar por su propia cuenta una asesoría particular y se da cuenta que había sido engañada por las AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS para afiliarse al RAIS y que había generado un conocimiento falso de la realidad. Finalmente señaló que el día 21 de febrero de 2020 radicó ante la AFP PROTECCIÓN la solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPMPD, manifestando que había existido vicio de su consentimiento al momento de afiliarse al RAIS. La entidad emitió respuesta el 25 de febrero de 2020, informando que la actora estuvo vinculada desde el 17 de noviembre de 1996 hasta el 19 de abril de 2001, fecha en la cual firmó la solicitud de traslado de salida a COLFONDOS. En ese sentido, afirmó haber solicitado la nulidad del traslado ante la AFP COLFONDOS, entidad que emitió respuesta el 09 de marzo de 2020, informando que está vinculada desde el 1 de junio de 2001, proveniente de un traslado de AFP PROTECCIÓN. Posteriormente, radicó ante COLPENSIONES la solicitud de nulidad y activación de la afiliación del RPMPD, el día 27 de febrero de 2020 COLPENSIONES emitió respuesta indicando que no es procedente anular la afiliación (Expediente Digital: 01. EXPEDIENTE DIGITAL.pdf, Págs. 2 a 35).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS brindando una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de

su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación. En consecuencia, indicó que se opone a que se traslade el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual al RAIS y sus rendimientos. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación», «innominada o genérica», ausencia de vicios del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero», «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Expediente Digital: 09. CONTESTACION DEMANDA COLFONDOS.pdf, Págs. 1 a 23)

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas, por considerar que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP. En consecuencia, se opuso a que se le condene a registrar y activar la afiliación de la demandante, así como a recibir todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «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» e «innominada o genérica». (Expediente Digital: 11. CONTESTACIÓN DE DEMANDA COLPENSIONES ANEXO EXP ADM.pdf, Págs. 3 a 47)

La **PROCURADURÍA 16 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL** intervino para señalar que, en la eventualidad de que las AFP aquí demandadas no demuestren dentro del plenario el otorgamiento de una asesoría que haya permitido a la aquí parte activa realizar una elección libre, voluntaria e informada del régimen al cual quería pertenecer, se concedan las pretensiones de la demanda, en caso contrario, si se logra el convencimiento necesario sobre la existencia de la mencionada asesoría, se nieguen las mismas (Expediente Digital: 10. ESCRITO DE INTERVENCION PROCURADORIA pdf_merged (6).pdf).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoada en su contra, argumentando para tal efecto que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea e indicó que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños. Finalmente señaló que se opone a que sean devueltas todas las sumas de dinero; bonos, aportes, rendimientos y comisiones toda vez que se trasladó todos los aportes con los rendimientos financieros de la cuenta pensional de la demandante con destino a la AFP COLFONDOS por ser esta la AFP de su elección. Propuso como excepciones las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «traslado de aportes a la AFP Colfondos» «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 12. Contestación Demanda Protección 20210526.pdf, Págs. 3 a 29)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la accionante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 18 de noviembre de 1996 y, consecuentemente, la realizada el 19 de abril de 2001 de la AFP PROTECCIÓN S.A. a COLFONDOS. Condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubiesen causado y gastos de administración sin lugar a descuento alguno. En consecuencia, ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante el 26 de junio de 1989 por lo que deberá incluir dicha información en sus bases de datos y sistemas de la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante el 02 de mayo de 1990, situación que deberá incluir en sus bases de datos. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las accionadas. Condenó en costas a la parte demandada.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que teniendo en cuenta que la demandante efectuó su traslado el 18 de noviembre de 1996, el deber de información a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN S.A. se enmarca en el primer periodo durante el cual debía brindarse información clara y transparente en los dos regímenes pensionales. En cuanto a los actos de relacionamiento que se hace en consistir en la permanencia de la demandante en el RAIS y los cambios horizontales de administradora, precisó que estas situaciones aunadas a la prueba recaudada no permiten establecer vocación de permanencia en el régimen ni que contara con todos los elementos para poder dejar una plena convicción de su elección. Sostuvo que además de las pruebas allegadas al plenario que se limitan respecto de los fondos demandados, aportar los formularios de afiliación de la demandante, los consolidados de sus aportes, de estas pruebas o del interrogatorio rendido no se puede establecer que se hubiese brindado información suficiente a la demandante al momento de realizar su traslado de régimen y que la dada al 18 de noviembre de 1996, esto es a la data del traslado se le diera información integral a la demandante sobre las ventajas, desventajas y consecuencias que recaerían sobre su pensión respecto al traslado al RAIS, igualmente debe precisarse la carga de la prueba respecto de los fondos privados. Finalmente indicó que de las probanzas recaudadas en el proceso resulta indiscutible que la demandada PROTECCIÓN S.A., omitió al momento del traslado de régimen el deber de información para con la accionante en los términos que han quedado vistos cuando comunicó las condiciones que debía cumplir para dicha expectativa y las consecuencias derivadas del cambio de régimen y en esa medida de ello deriva el traslado así realizado con sus respectivas consecuencias tales como el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y gastos de administración.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** presentó recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia argumentando para tal efecto, que no se valoraron las pruebas en conjunto. Que existe tanto ese formulario de afiliación que genera efectos jurídicos, como también la confesión de parte por la demandante y esto es que cumple con los requisitos del artículo 191 del Código General del Proceso, pues probó o confesó haber recibido una asesoría pre contractual por cada uno de los fondos a la hora de realizar su traslado, lo que indica que su traslado fue libre; que cuando se le hicieron las preguntas por parte de Colpensiones manifestó que la información suministrada fue suficiente para poder realizar su traslado libre y voluntario, indicó que esa

asesoría fue de manera verbal, por lo tanto la demandante es la única persona que puede acreditar la asesoría brindada por la AFP y lo cierto es que la misma puede parcializar la información con el fin de buscar ventajas dentro del proceso, por lo tanto solo se pueden tener en cuenta las aseveraciones de la parte cuando sean valoradas y beneficien a la contra parte, y esto es, que efectivamente sí existieron asesores a la hora de realizar su traslado que se brindó una asesoría precontractual y que efectivamente no recuerda información, más no que no se le brindó información y más cuando son hechos ocurridos en el año 1996. Agregó de igual manera, que hubo una indebida valoración porque si bien es cierto no se cumple con todos los requisitos para poderse establecer como una confesión, existen indicios dentro de su interrogatorio de parte que indican que la demandante conocía que era un bono pensional, pues al manifestar que sus dineros se iban a trasladar, de igual manera tenía conocimiento que eran aportes voluntarios, tenía conocimiento de la forma como se financiarían sus recursos en el RAIS y esto es la información necesaria y oportuna que debe realizar el fondo a la hora de realizar su traslado. Teniendo en cuenta que las pruebas son suficientes, al ser una asesoría verbal en la que no se puede solamente dar valor probatorio a documentales, se entiende que se cumplió con el deber legal por parte de los fondos. Anotó que en la parte motiva de la sentencia se habla sobre que no se le informó sobre ventajas y desventajas, pero lo cierto es que, no existen ventajas ni desventajas de cada uno de los regímenes, pues lo que determina la escogencia de cada uno de ellos es la forma como se acumularán sus recursos para su financiación, y de ello tenía conocimiento íntegro la demandante, quien además realizó aportes voluntarios, aspecto que también hace parte de esa confesión, tampoco se le dio valor a esa prohibición legal que está descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y es que efectivamente nadie puede trasladarse de régimen pensional después de haber cumplido o que le faltaren 10 años o menos para poder cumplir la edad para pensionarse. De igual forma, respecto a la carga de la prueba, no estaba en cabeza del fondo como lo manifestó la A quo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada solicitando revocar la sentencia en todas sus partes y que, como consecuencia, se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor. Contrario sensu, la parte actora solicitó que se confirme

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación del demandante en el RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y, en tal sentido, de salir adelante, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

En el expediente digital obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la parte actora el 23 de mayo de 1966 (GEN-ANX-CI-2020_2477807-20200222092137.pdf), por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el día 22 de febrero de 2020 (Pág. 66 a 69), es decir, cuando evidentemente ya estaba a menos de diez años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 60,43 semanas de cotización aproximadas al ISS (GRP-SCH-HL-66554443332211_1980-20210511110105.pdf), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 18 de noviembre de 1996 (Pág. 51), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Pág. 51), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó

la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS. Desde luego que en el interrogatorio de parte la parte accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

Así, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (18 de noviembre de 1996, pág. 51), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado previamente ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la

demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco es relevante que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

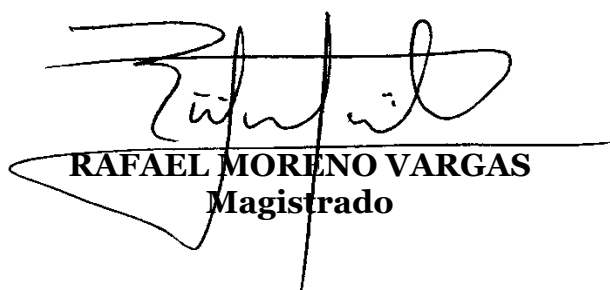
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

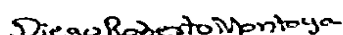
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL**
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de JAIME GONZALEZ BARRAGAN contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Rad. 110013105-006-2020-00146-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto 6º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 09 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JAIME GONZALEZ BARRAGAN** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida, con un 90% de tasa de reemplazo del ingreso base de liquidación (IBL) de toda su vida laboral, con el total de los factores salariales devengados conforme al Decreto 1045 de 1987 y artículo 21 de la Ley 100 de 1993; al reconocimiento y pago de las diferencias pensionales causadas hasta la fecha en que se haga efectiva la reliquidación, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, más los reajustes periódicos, los intereses moratorios. Finalmente, solicitó se condene a lo ultra y extra petita, a la indexación de todos los valores, más costas procesales y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicitó la reliquidación de pensión con un IBL calculado sobre *«el promedio de los salarios devengados sobre toda la vida laboral, con una tasa de reemplazo del 75%, teniendo en cuenta que cotizó al sistema más de 1.500 semanas conforme al Decreto No 758 de 1990 según Artículos 12 y 21 de la Ley 100 de 1993»* (sic).

Como sustento fáctico de sus pretensiones, indicó que nació el 27 de agosto de 1951 y que, para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 42 años de edad; que cotizó (sic) a la Policía Nacional desde el 01 de enero de 1971 hasta el 27 de noviembre de 1976, es decir, un total de cinco (5) años, diez (10) meses y veintiséis (26) días. Indicó haberse afiliado por primera vez al Instituto de Seguros Sociales – ISS el 01 de febrero de 1977 al trabajar con el Colegio Ateneo Femenino, cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, un total de 1500 semanas. Manifestó que el 29 de abril de 2016 presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, entidad que mediante Resolución No. GNR 232973 del 08 de agosto de 2016, le reconoció una pensión de vejez en cuantía de \$1.629.245, a partir del 01 de agosto de 2016. Aseveró que el 31 de octubre de 2016 presentó novedad de retiro ante COLPENSIONES con el fin de que se realizara la corrección de la historia laboral, y con el mismo fin, el 09 de diciembre de 2016 presentó reiteración del pago del retroactivo pensional, que mediante Resolución No. VPB 46231, el 30 de diciembre de 2016, la accionada confirmó la decisión y negó el reconocimiento del retroactivo pensional. Arguyó que, posteriormente la entidad pensional mediante Resolución No. SUB-262179 expedida el 21 de noviembre de 2017 reliquidó el monto de la pensión de vejez a partir del 24 de abril de 2014, con una mesada pensional para el año de 2017 en cuantía de \$1.786.364. Afirmó haber solicitado nuevamente la reliquidación pensional en los términos del Decreto 758 de 1990, situación que negó la entidad el 5 de abril de 2018 (Fls. 4 a 17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**- contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que a través de Resolución SUB 262179 del 21 de noviembre de 2017 se reliquidó la pensión de vejez a favor del señor JAIME GONZÁLEZ BARRAGAN con una mesada pensional para el año de 2017 en cuantía de \$1.786.364, precisando que con el fin de establecer el monto de liquidación de la prestación, aplicó la normativa dispuesta en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, con un total de 1196 semanas y aplicó una tasa de remplazo del 84% y un IBL de los últimos 10 años, así: $IBL: 1.816.974 \times 84 = \$ 1.582.123$. Aclaró que para el cálculo de la mesada pensional se tomaron exclusivamente los tiempos cotizados al ISS, dado que la Corte Suprema de Justicia ha determinado que NO es dable contabilizar los tiempos servidos como empleados públicos, con las semanas cotizadas al ISS, con la finalidad de acreditar el requisito de tiempo o semanas de cotización, pues esto NO fue determinado

en la norma en mención, de modo que deben ser cotizaciones efectuadas exclusivamente al ISS. Respecto a los factores salariales, señaló que tomó en cuenta solo aquellos contemplados en los artículos 18 y 19 de la ley 100 de 1.993 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1.994. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción» «la innominada» y «buena fe» (fls. 107 a 112).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 09 de noviembre de 2021, el Juzgado Sexto 6° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., absolvió a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas las pretensiones de la demanda y condenó costas a la parte actora.

Para arribar a esta decisión, mencionó que, en el caso en concreto, no era objeto de discusión la calidad de beneficiario del régimen de transición en aplicación a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de pensionado por parte del COLPENSIONES. Con relación a la reliquidación objeto de controversia, esto es, el reajuste de la prestación con una tasa de reemplazo del 90% por acreditar más de 1250 semanas cotizadas computando el tiempo privado cotizado al ISS y el tiempo laborado en el sector público no cotizado al ISS hoy Colpensiones, indicó en ese sentido, que la forma de computar las semanas para las prestaciones en mención se rige por el literal f. del artículo 13, el parágrafo 1° del artículo 33 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos, entidades de previsión social de lo que infirió conceder la revisión de la de la liquidación pretendida por el accionante. Acto seguido, la juzgadora distinguió los beneficiarios del régimen de transición que para el 1 primero de abril del año 1994 les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual se aplica el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y quienes, como en el caso del accionante para la misma fecha, les faltaba 10 o más años, evento en el cual el IBL se liquidará de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la ley antes citada. Acto seguido, señaló que el demandante cotizó un total de 1655.29 semanas entre el sector público y privado teniendo en cuenta aquellos no cotizados al ISS, de modo que procedió a efectuar el cálculo de la liquidación de la pensión con sujeción al promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral del accionante, incluido el tiempo laborado en el sector público no cotizado a COLPENSIONES y una tasa de reemplazo del 90% arrojó un monto inicial de \$ 1'076.076, cuantía inferior a la reconocida por COLPENSIONES en la Resolución SV

262179 del día 29 de noviembre del año 2017, por lo que señaló no prosperaban las súplicas de la demanda.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial del señor **JAIME GONZALEZ BARRAGAN** presentó recurso de apelación solicitando se tenga en cuenta todas las pretensiones de la demanda, que se reconozca la reliquidación de la pensión de vejez aplicando como tasa de reemplazo el 90% del IBL obtenido en toda la vida laboral del actor, sumado al total de los factores salariales devengados, tal como lo señala el Decreto 1045 de 1978 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. De otra parte, se le reconozca y cancele las diferencias pensionales causadas hasta la fecha en que se emita el acto administrativo debidamente motivado, incluyendo para tales efectos las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre conforme a lo estipulado en el artículo 5 de la Ley 4 de 1976 y el artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES presentó alegatos en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda. El extremo accionante de igual modo, presentó alegatos en términos similares a los de la alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión otorgada por COLPENSIONES aplicando como tasa de reemplazo el 90% del IBL obtenido en toda la vida laboral.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante la Resolución GNR 232973 del 08 de agosto de 2016, a partir del 01 de agosto de 2016, por encontrarse acreditados los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, con un IBL de \$2.011.413 y otorgándose una tasa de remplazo del 81% para una mesada inicial de \$1.629.245, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 38 a 42). Dicha mesada fue objeto de reajuste mediante la Resolución SUB 262179 del 21 de noviembre de 2017, la cual también modificó la fecha del disfrute al 24 de abril de 2014, en cuantía

de \$1.526.262 y actualizada al año 2016 en la suma de \$1.689.233 y para el año 2017 en \$1.786.364 (fls. 69 a 73), en todos y cada uno de los citados actos administrativos se determinó que la prestación se reconocía con el IBL promedio de los últimos 10 años de cotizaciones, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

De igual modo se encuentra probado en el expediente que el demandante laboró al servicio de la Policía Nacional entre el 01 de enero de 1971 y 27 noviembre de 1976, tal como se desprende de Certificación de Información Laboral del Ministerio de Hacienda – Oficina de Bonos Pensionales (fls. 32 a 36).

Decantado lo anterior, y en aras de dar solución al problema jurídico planteado, esto es, si el demandante tiene derecho a que se le reajuste la pensión de vejez en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación al criterio expuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 769 de 2014, según la cual es posible la acumulación de aportes y el tiempo público laborado, haya sido este cotizado o no al ISS hoy Colpensiones, en el interés de obtener la prestación conforme al Acuerdo 049 de 1990, debe advertirse que, si bien como lo anotó el Juez a quo para denegar la prestación, en criterio anterior, pero ya superado, la jurisprudencia asumía como verdad incontrastable que el requisito de semanas cotizadas debía ser satisfecho, únicamente, con las efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones, acogiendo la tesis de la doctrina probable y vigente de la CSJ, toda vez que la H. Sala Laboral de la CSJ, sostenía, en posición mayoritaria, que la densidad de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, debían ser realizadas en forma exclusiva al ISS.

No obstante, tal y como se venía sosteniendo de tiempo atrás por voces aisladas, una de las razones que determinan la posibilidad de computar cotizaciones efectivamente verificadas en el ISS con tiempos públicos servidos al Estado y cotizados o no al ISS hoy Colpensiones, radica en la aplicación sistemática de la Ley 100 de 1993, en especial el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 ibídem, normas que permiten acumular para el reconocimiento de las pensiones de vejez, las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema general de pensiones, cotizadas al ISS o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, así no existiere afiliación al sistema, forma ésta de contabilizar las semanas que debía ser tomada en cuenta para el reconocimiento pensional, incluso con base en las normas anteriores aplicables en virtud del régimen de transición.

Lo anterior se afirmaba, en razón a que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó para quienes se benefician del régimen de transición, los requisitos de tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.

Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley, aparte final que permite concluir que el análisis a realizar en la aplicación sistemática de la contabilización de semanas de cotización, se constituye en un argumento válido y lógico que genera certeza al aplicar el principio de favorabilidad y que sin duda es criterio que resulta en una garantía para el reconocimiento de los derechos individuales contemplados en las normas de la seguridad social.

Hermenéutica que efectivamente fue asumida recientemente por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, admitiendo que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales, en sentencias CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020 y CSJ SL2557-2020, y en ellas se advirtió la necesidad de preservar las garantías de las sumatorias de los tiempos públicos y privados, por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hacen parte integral del sistema de seguridad social, de ahí que el parágrafo de dicho articulado deba entenderse para esta sumatoria, como así se expuso:

«En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultra activa de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens».

De conformidad con lo anterior, en el caso de autos, se considera que le asiste el derecho a la demandante para que sea reliquidada su pensión de vejez, aplicando para ello lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, pues ésta es una norma jurídica que también le resulta aplicable por ser beneficiario del régimen de transición, y con dicha regulación cumplió la edad de 60 años desde el 27 de agosto de 2011, al nacer el mismo día y mes del año 1951 (fl. 18), sumado al hecho de que acredita más de 1.000 semanas cotizadas computando las semanas cotizadas al ISS-COLPENSIONES y el tiempo público laborado al servicio de la Policía Nacional, pues acumula un total de 1.506

semanas, lo que da lugar a que le sea aplicada una tasa de reemplazo del 90% en los términos del párrafo del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, se procede al estudio puntual de los reparos de la alzada por la parte demandante respecto del IBL, para lo cual advierte la Sala que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1° de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1° de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas².

En ese orden de ideas acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, se tiene que el demandante tiene derecho a que, en efecto, la liquidación de su IBL debe ser realizada, como lo solicita expresamente desde la demanda y se reitera en la alzada, con base en el promedio salarial devengado en toda su vida laboral, por cuanto se itera, cuenta con más de 1250 semanas cotizadas; dicho número de cotizaciones también permite concluir que al actor le asiste derecho a que la tasa de reemplazo sea calculada con un 90% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, en cuanto a los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de las pensiones de jubilación reconocidas en virtud del régimen de transición, corresponde a los determinados en el Decreto 1158 de 1994, conforme ha sido decantado por la CSJ y así lo ha dejado ver en entre otras, las sentencias SL17777-2016, SL4657-2017 y SL4961-2018; y frente a los factores salariales que devengó el demandante, según se advierte en el certificado electrónico de tiempos laborados de folios 32 a 36, únicamente a tener en cuenta la asignación básica, aspecto que en todo caso no fue rebatido en la alzada, siendo ese entonces el ingreso base de cotización con

¹ Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.

² Sentencia 40552 del 1° de marzo de 2011.

que se reportó su aporte en el resumen de semanas cotizadas de COLPENSIONES visible de folios 17 a 22.

En consecuencia, en aras de determinar si los cálculos efectuados tanto por la juez de primer grado como por COLPENSIONES son o no correctos, se procedió a efectuar la liquidación de IBL debidamente actualizado con base en los IPC certificados por el DANE, así:

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1971	365	0,120	79,56	663,000	\$ 1.000,00	\$ 663.000,00	\$ 8.066.500,00
1972	366	0,140	79,56	568,286	\$ 1.000,00	\$ 568.285,71	\$ 6.933.085,71
1973	365	0,160	79,56	497,250	\$ 1.000,00	\$ 497.250,00	\$ 6.049.875,00
1974	365	0,190	79,56	418,737	\$ 1.250,00	\$ 523.421,05	\$ 6.368.289,47
1975	365	0,250	79,56	318,240	\$ 1.570,27	\$ 499.723,99	\$ 6.079.975,20
1976	332	0,290	79,56	274,345	\$ 1.600,00	\$ 438.951,72	\$ 4.857.732,41
1977	219	0,360	79,56	221,000	\$ 2.335,43	\$ 516.130,87	\$ 3.767.755,33
1978	217	0,470	79,56	169,277	\$ 2.430,00	\$ 411.342,13	\$ 2.975.374,72
1979	194	0,560	79,56	142,071	\$ 3.649,02	\$ 518.421,57	\$ 3.352.459,50
1980	206	0,720	79,56	110,500	\$ 4.410,00	\$ 487.305,00	\$ 3.346.161,00
1981	261	0,900	79,56	88,400	\$ 5.784,71	\$ 511.368,60	\$ 4.448.906,80
1982	280	1,140	79,56	69,789	\$ 7.470,00	\$ 521.327,37	\$ 4.865.722,11
1983	365	1,410	79,56	56,426	\$ 12.517,06	\$ 706.281,94	\$ 8.593.096,92
1984	84	1,650	79,56	48,218	\$ 13.361,43	\$ 644.263,79	\$ 1.803.938,62
1985	207	1,950	79,56	40,800	\$ 15.946,52	\$ 650.618,09	\$ 4.489.264,80
1986	33	2,380	79,56	33,429	\$ 17.790,00	\$ 594.694,29	\$ 654.163,71
1987	323	2,880	79,56	27,625	\$ 33.164,58	\$ 916.171,58	\$ 9.864.114,00
1988	366	3,580	79,56	22,223	\$ 43.686,15	\$ 970.857,51	\$ 11.844.461,66
1989	365	4,580	79,56	17,371	\$ 69.452,96	\$ 1.206.479,78	\$ 14.678.837,37
1990	355	5,780	79,56	13,765	\$ 97.956,51	\$ 1.348.342,51	\$ 15.955.386,35
1991	365	7,650	79,56	10,400	\$ 127.655,84	\$ 1.327.620,69	\$ 16.152.718,40
1992	366	9,700	79,56	8,202	\$ 150.270,00	\$ 1.232.523,84	\$ 15.036.790,79
1993	365	12,140	79,56	6,554	\$ 232.243,73	\$ 1.522.019,02	\$ 18.517.898,02
1994	365	14,890	79,56	5,343	\$ 453.905,83	\$ 2.425.302,06	\$ 29.507.841,69
1995	360	18,250	79,56	4,359	\$ 687.557,25	\$ 2.997.372,87	\$ 35.968.474,40
1996	360	21,800	79,56	3,650	\$ 784.526,42	\$ 2.863.161,55	\$ 34.357.938,56
1997	360	26,520	79,56	3,000	\$ 956.094,00	\$ 2.868.282,00	\$ 34.419.384,00
1998	243	31,210	79,56	2,549	\$ 1.043.195,84	\$ 2.659.297,05	\$ 21.540.306,12
1999	120	36,420	79,56	2,185	\$ 897.500,00	\$ 1.960.601,32	\$ 7.842.405,27
2000	360	39,790	79,56	1,999	\$ 939.833,33	\$ 1.879.194,27	\$ 22.550.331,24
2001	30	43,270	79,56	1,839	\$ 683.000,00	\$ 1.255.823,43	\$ 1.255.823,43
2004	11	53,070	79,56	1,499	\$ 131.000,00	\$ 196.388,92	\$ 72.009,27
2005	231	55,990	79,56	1,421	\$ 368.411,26	\$ 523.500,62	\$ 4.030.954,74
2006	37	58,700	79,56	1,355	\$ 268.378,38	\$ 363.751,00	\$ 448.626,24
2007	178	61,330	79,56	1,297	\$ 738.337,08	\$ 957.803,65	\$ 5.682.968,34
2008	146	64,820	79,56	1,227	\$ 431.130,14	\$ 529.168,68	\$ 2.575.287,57
2009	360	69,800	79,56	1,140	\$ 1.000.000,00	\$ 1.139.828,08	\$ 13.677.936,96
2010	76	71,200	79,56	1,117	\$ 767.394,74	\$ 857.498,95	\$ 2.172.330,67
2011	5	73,450	79,56	1,083	\$ 89.000,00	\$ 96.403,54	\$ 16.067,26
2012	207	76,190	79,56	1,044	\$ 723.623,19	\$ 755.630,15	\$ 5.213.848,01
2013	270	78,050	79,56	1,019	\$ 871.000,00	\$ 887.850,86	\$ 7.990.657,78
2014	97	79,560	79,56	1,000	\$ 850.969,07	\$ 850.969,07	\$ 2.751.466,67
Total días	10545	Total devengado actualizado a:				2014	\$410.777.166,12
Total semanas	1506,43	Ingreso Base Liquidación					\$1.168.640,59
Total Años	29,02	Porcentaje aplicado					90%

En tal sentido, el cálculo arrojó un IBL menos favorable que el calculado por COLPENSIONES, incluso inferior al que verificó la juez a quo (\$1'076.076), de tal manera que se impone la confirmación de la sentencia de primer grado. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

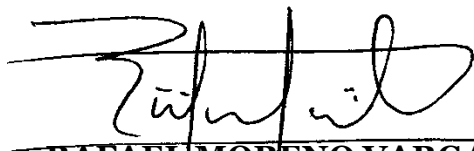
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de recurso apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

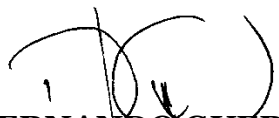
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, al considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de DIANA PATRICIA MARIN ARIAS
contra AVIANCA S.A. RAD. 11001-31-05-008-2019-00566-01.**

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente providencia:

OBJETO DE LA AUDIENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el estudio frente a los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, respecto de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el art. 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

La señora **DIANA PATRICIA MARIN ARIAS** presentó demanda ordinaria laboral en contra AVIANCA S.A. a fin de que se declare la ilegalidad de su despido el 08 de junio de 2018 y, en consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla al cargo que ocupaba cuando fue despedida o a uno de superior categoría; asimismo, a pagarle los salarios, beneficios y prestaciones legales y extralegales compatibles con el reintegro causado y que se causen desde cuando se produjo el despido hasta cuando se efectúe el reintegro. Finalmente se condene al pago de costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que ingresó a trabajar el 1 de diciembre de 2006 y que su cargo fue el de Auxiliar de Vuelo Internacional. Informó que su despido se produjo el 8 de junio de 2018, sin invocar ninguna causa para justificar la terminación del contrato; que para la fecha se encontraba afiliada al sindicato nacional de trabajadores de Avianca “Sintrava”. Manifestó que el 14 de

agosto de 2015, Avianca y el Sindicato suscribieron una Convención Colectiva con vigencia de 5 años contados a partir del 1 de julio de 2015, que en la misma se estableció que si se decidía despedir al trabajador, “Sintrava” podía interponer el recurso de revisión ante la Comisión de Asuntos Sociales dentro de los 10 días hábiles siguientes de la fecha de la firma del acta, donde esta será la encargada de decidir si definitivamente se despide o no al trabajador. Informó que Avianca omitió poner a órdenes de personal a la accionante y convocar al comité de Revisión para que dicho comité definiera si procedía o no el despido. Anotó que Avianca procedió con el despido y aunque el Sindicato solicitó a la empresa que diera cumplimiento a la cláusula antes mencionada, la demandada le negó la posibilidad a la demandante de que Sintrava interpusiera el recurso de revisión para que la decisión de su despido fuera examinada por el Comité de Asuntos Sociales de la empresa y por lo tanto vulneró sus derechos al debido proceso, a la estabilidad en el empleo y a la defensa. Finalmente, adujo que el salario devengado al servicio de la sociedad demandada al momento de su despido ascendía a la cantidad habitual mensual de \$3.327.557 y que, durante la relación laboral con la demandada, la accionante fue objeto de múltiples reconocimientos y felicitaciones (Expediente Digital 01Expediente. Págs. 2 a 11.)

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **AVIANCA S.A.** contestó la demanda con oposición de las pretensiones, para ello argumentó que no existe fundamento factico o jurídico por el cual deba proceder con el reintegro, debido a que la terminación del contrato de trabajo a término fijo la cumplió de conformidad con lo previsto en el artículo 64 CST, por lo que la terminación del contrato fue legal y, en consecuencia, no habría lugar a pago alguno en favor de la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de “inexistencia de la obligación”, “cobro de lo no debido”, “prescripción” y “buena fe”. (Expediente Digital 01Expediente. Págs. 238 a 253)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 19 de octubre de 2021, absolvió a la demandada AVIANCA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, e igualmente, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que entre las partes existió contrato de trabajo el cual tuvo inicio el 1 de diciembre de 2006 y finalizó el 8 de julio de 2018. Mencionó que el vínculo de trabajo finalizó por decisión unilateral e

injustificada del empleador, ante lo cual pudo verificar que la accionada liquidó y canceló a la trabajadora la suma correspondiente por concepto de indemnización por lo que quedó acreditado el hecho del despido.

Anotó que el reintegro procede cuando el trabajador ha sido despedido encontrándose protegido por un fuero especial, esto es, el fuero de maternidad, fuero sindical o en situación de estabilidad laboral reforzada, es decir, en estado de incapacidad o discapacidad o incluso por precedente constitucional; no obstante, la demandante no se encuentra cobijada por ninguno de los anteriores supuestos. Advirtió que a folio 14 se observa el acta final del acuerdo convencional suscrito entre Avianca, Sintrava y Sinditrav el 14 de agosto de 2015, vigente a partir del 1 de julio de 2015 y hasta el 30 de junio de 2020, lo cual cuenta con el respectivo sello de depósito efectuado el 25 de agosto de 2015 ante el Ministerio del Trabajo y establece en lo pertinente, lo relacionado con el conflicto de los auxiliares de vuelo. Mencionó que en el texto convencional se impone al empleador la obligación de surtir el procedimiento disciplinario consignado debido a la imposición de una sanción disciplinaria o el retiro con justa causa de una auxiliar de vuelo beneficiaria de dicha convención, la cual comienza con el conocimiento o comprobación de la falta a la culminación de la investigación para proceder con la citación del trabajador inculcado a una audiencia especial informando los cargos imputados y remitiendo una copia al sindicato. De manera evidente, la aplicación de la cláusula 10 se encuentra ligada a los despidos que no se efectúen en uso de las facultades discrecionales que tiene el empleador de terminar los contratos de trabajo sin justa causa, resultando desatinado entender que cuando el empleador decide terminar un contrato sin justa causa deba cumplir con el procedimiento, pues no habría lugar a investigar alguna conducta del trabajador y menos imputarle cargos a este, pues las actuaciones solo proceden en circunstancias donde el trabajador ha procedido en contra de sus obligaciones contractuales y/o reglamentarias. Añadió que aun si se encontrara en curso el proceso disciplinario la empresa demandada podría adoptar la decisión de dar por terminado el contrato sin justa causa para lo cual necesariamente el empleador debe informar al trabajador las razones de su decisión, pues resultaría ilógico que el despido sucediera por la sola decisión unilateral del empleador sin que medie una justa causa y el trabajador deba rendir descargos por lo que no habría conducta imputada. Finalmente, manifestó que pese a que no fue expuesto de esa forma en la demanda, se tiene que en casos de despidos injustificados de la plurimencionada convención que determina de manera clara y precisa que quienes para el 1 de julio de 2005 no hubieren cumplido 8 años o más de servicios continuos o discontinuos o que hubieren ingresado con posterioridad, no existiría la estabilidad a la que se hace referencia en la preceptiva

por lo que se encontró excluida a la demandante por cuanto la relación laboral inició el 1 de diciembre de 2006.

RECURSO DE APELACIÓN

Estando en su oportunidad procesal, el apoderado judicial de la actora, interpuso recurso de apelación con el objetivo que se revoque la decisión y, en su lugar, se acceda a las peticiones de la demanda, solicitando tener en cuenta el contenido del parágrafo 2 de la cláusula 10 de la convención colectiva, pues a su juicio esta es clara y expresa, y no ofrece duda en su redacción, ya que en dicho parágrafo se consagra la obligación de Avianca de adelantar un proceso previo a despedir sin justa causa a un auxiliar de vuelo, sin importar si está o no inmerso en un proceso disciplinario y sin que en dicha norma se advierta expresión oscura alguna por lo que no se puede desatender su literal tal como lo establece el artículo 27 del Código Civil.

Mencionó que, para despedir sin justa causa, la empresa debe convocar al comité de revisión para decidir si opta por aceptar o negar el despido injustificado propuesto por Avianca. No obstante, la claridad de la norma convencional, la juez consideró que la operatividad de la convención colectiva, era un requisito que el trabajador previamente estuviera inmerso en un proceso disciplinario lo que conllevó a que interpretara restrictivamente dicha fuente formal, pues le agregó una condición no prevista para su aplicación en detrimento del trabajador. Además, detalló que el parágrafo 6 consagra la ineficacia de los despidos sin determinar si son con justa causa o sin justa causa, cuando no se cumple el trámite previsto sin importar si el trabajador estaba inmerso en un proceso disciplinario o no. Señaló que el contenido del parágrafo 2 de la convención aplicable, habría advertido que Avianca para despedir sin justa causa debía cumplir unos requisitos previos que pasó por alto y además debido a la mala apreciación el Despacho ignoró que quien debía tomar la decisión para despedir injustificadamente era el comité de revisión, y el comité de asuntos sociales, mas no Avianca como evidentemente ocurrió; aunado a ello, señaló que el termino para despedirla no se cumplió, es decir, el consagrado en el parágrafo 6 de la cláusula 10, por lo que consideró que tiene derecho al reintegro al cargo o a uno superior al que ya tenía. Explicó que las convenciones colectivas no son dadas que se entregan a los trabajadores, sino que son negociaciones entre el sindicato y el empleador que conllevan a la obtención de los trabajadores de derechos para lograr materializar los que se encuentran plasmados en las convenciones colectivas y los trámites previos para despedir sin justa causa. Mencionó que se hizo referencia en la jurisprudencia mencionada por la juez, que solo es aplicable a despidos con justa

causa pero que en ningún momento se menciona todo lo relacionado a los despidos con justa causa; por lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las peticiones de la demanda, teniendo en cuenta que el salario de la accionante está demostrado y es el que tomó Avianca para su liquidación y la liquidación de la indemnización por su despido.

A su vez, la apoderada de AVIANCA S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de no condenar en costas a la demandante, y solicitó revocar este punto de la sentencia, teniendo en cuenta que el fallo resultó adverso a sus pretensiones, y como quiera que la demanda ordinaria laboral causó un desgaste a la administración de justicia, además de los gastos para la representación judicial de la demandada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes se pronunciaron en similares términos a los expuestos en sus recursos de alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si en el presente caso hay lugar al reintegro de la demandante DIANA PATRICIA MARIN ARIAS por la falta de aplicación de la Convención Colectiva del Trabajo y al no haber aplicado el párrafo segundo de la cláusula decima de dicho precepto. En caso afirmativo, verificar la procedencia de las condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Con el fin de dar un orden metódico a los puntos de informalidad en que se edifican las alzas, en primer término, se adentrará esta Sala de Decisión a resolver si en virtud de la aludida cláusula 10° convencional párrafo segundo, le era dable o no a la demandada dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 64 del CST, con el pago de la respectiva indemnización.

En tal sentido, sea lo primero indicar que no se encuentra en discusión que la demandante era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre

AVIANCA S.A. y las organizaciones sindicales **SINDITRAV** y **SINTRAVA**, de la cual es afiliada la accionante; dicho convenio colectivo fue pactado para el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2015 y el 30 de junio de 2020, el cual, por demás, huelga decir que se encuentra con las formalidades legales para su validez de folios 26-102. Para tal efecto, el acuerdo colectivo dispone en su cláusula 10° parágrafo segundo: *«En los casos de retiro sin justa causa, el trabajador será puesto a órdenes de Personal y su situación la definirá el Comité de Revisión convocado por la Empresa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se puso a órdenes de Personal. Si el comité decidiera por el retiro del trabajador, el Sindicato podrá interponer recurso de revisión ante la Comisión de Asuntos Sociales dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de la firma del Acta de Comité de Revisión. Para trabajadores de menos de ocho (8) años que la Empresa retire sin justa causa, ésta, a través del Comité de Revisión, dejará conocer al trabajador las razones por las cuales es retirado con el fin de que haga los descargos correspondientes»* (fls. 34).

Ahora bien, recordemos que el artículo 64 del CST dispone que *«en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:*

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato...».

En el caso de marras, como ya se explicó, el contrato de trabajo fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador (fl. 162), de igual modo, se le canceló la respectiva indemnización en los términos legales antes explicados (fls. 163). Ahora bien, la parte actora pretende el reintegro con el respectivo pago de salarios y prestaciones legales y extralegales que del mismo se desprende, sin embargo, de ese contexto normativo, de entrada, se avizora que no tiene vocación de prosperar el reintegro que se solicita desde el libelo introductor, en primera medida porque dicha cláusula convencional no resulta aplicable en aquellos casos en los cuales el empleador hace uso de la facultad legal establecida en el artículo 64 del CST, esto es, dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin invocar motivo alguno y, desde luego, indemniza al trabajador afectado con tal decisión.

Lo anterior, en sentir de la Sala no resulta contradictorio, ni riñe con el contenido de dicha cláusula convencional, en tanto y en cuanto, no resulta admisible que el empleador siga un trámite para escuchar en descargos al eventual desvinculado cuando el finiquito contractual no obedece a ningún motivo imputable al empleado, ni a una conducta irregular o reprochable de este, siendo esa la finalidad del referido trámite convencional, tal como incluso se deduce del hecho de que *«se le citará por escrito, **especificando la falta por la que se le acusa**»*. Por tanto, al hacer uso de manera pura y simple de la facultad consignada en el artículo 64 del CST, no lo obliga seguir el referido procedimiento.

Tal entendimiento, ha sido prohijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en sentencias con radicación 18.421 del 04 de julio de 2002, 30015 del 21 de nov. 2006, rad. 41455 del 07 de feb. de 2012 y rad. 39328 del 14 de nov. de 2012, en esta última, además, se indicó que *«no es entendible que al interior de la empresa se diseñe un procedimiento en el que se haga necesario escuchar al trabajador en descargos cuando quiera que para nada se le ha inculcado, pues para que ocurra tal requerimiento es porque su conducta contractual puede ser reprochada, al punto que es necesario verificarla y excusarla o, si es del caso, sancionarla conforme a las previsiones reglamentarias o estatutarias que rigen en la empresa, siempre preservando su derecho de defensa y su dignidad como persona humana y como trabajador. Así las cosas, la determinación unilateral del empleador de dar por terminado el vínculo contractual sin justa causa, esto es, sin que sea atribuible a una conducta reprochable de su trabajador, no puede involucrar la exigencia de que quien habrá de soportarla, amén del daño que con ella se le causará, el cual la ley en su manera de indemnizarlo a tarifado previamente o las partes lo pueden hacer mediante cláusulas unilaterales, contractuales o colectivas in meius, independientemente de que en el proceso judicial se puedan acreditar otros daños, tenga que dar explicación alguna de su proceder. **Por ende, es por lo que, de este tipo de estipulaciones convencionales, se ha entendido por la jurisprudencia, no es atinado predicar su aplicación a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador por su mera liberalidad**»*.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la obligación de poner al trabajador a órdenes de Personal, a fin de que el Comité de Revisión y posteriormente la Comisión de Asuntos Sociales, decida si es procedente o no el despido sin justa causa del trabajador, encuentra esta Corporación que dicha cláusula condiciona la facultad de la que goza el empleador de despedir a un trabajador, supeditándolo a un

procedimiento previo, el cual, en igual medida que el enunciado anterior, no tiene vocación de prosperar por cuanto se reitera, no resulta razonable inferir que cuando el empleador disponga ejercer las facultades de las que goza, cual es de fenecer unilateralmente la relación laboral pagando en favor del trabajador suma constitutiva en indemnización por la terminación unilateral injustificada, se deban formular cargos o, en su defecto, adelantar procedimientos en los que se ponga a consideración una decisión tomada en uso de las facultades que le son otorgadas por la ley. Es así que, para esta Sala de Decisión, no se equivocó la Juez de primera instancia al negar el reintegro deprecado, puesto que el mismo no es procedente, máxime si se tiene en cuenta que a la demandante al momento de efectuar la liquidación final del contrato de trabajo, le fue reconocida la suma de VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$22.469.099) por concepto de indemnización por despido sin justa causa, observando que para el presente caso, el demandado acató en su totalidad la norma que lo autoriza para efectuar el despido sin justa causa.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida la parte accionante, en virtud de la no prosperidad de sus pretensiones, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas en contra de este, razón por la cual habrá de revocarse este aspecto de la sentencia objeto de estudio.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, resulta suficiente para confirmar los demás aspectos de la decisión adoptada en primera instancia, por encontrarse ajustados a derecho. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

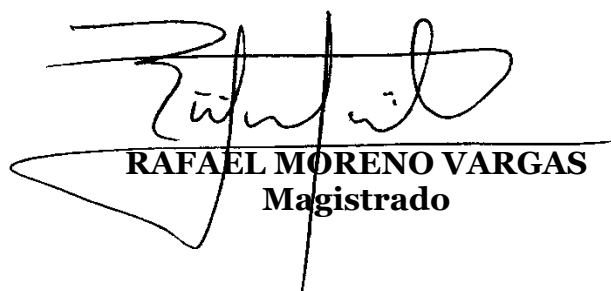
PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia del diecinueve (19) de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **CONDENAR** en costas a la parte vencida en juicio, esto es, a la Señora **DIANA PATRICIA MARIN ARIAS** en favor de la demandada **AVIANCA S.A.**, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ PATRICIA SANCHEZ ROJAS contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-019-2018-00614-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante y los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de octubre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **LUZ PATRICIA SANCHEZ ROJAS** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende principalmente, que se declare la nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, administrado por la AFP PORVENIR S.A.; en consecuencia, se ordene el retorno al RPMPD administrado actualmente por COLPENSIONES. Como pretensiones subsidiarias, se declare la nulidad del traslado a la AFP COLFONDOS S.A. en enero del año 2003, y el realizado entre las AFP COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. en noviembre del año 2005; que se ordene a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros de su Cuenta de Ahorro Individual, de igual manera, se reconozca lo extra y ultra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el veintiuno 21 de noviembre de 1960, cotizando para obtener su pensión desde el mes de octubre del año 1991 inicialmente al RPMPD. Manifestó que, en marzo del año 1995 fue abordada por una asesora comercial de PORVENIR S.A., quien le proporcionó información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia para que realizara su traslado de régimen de pensional, lo que también ocurrió en noviembre de 2003 con un asesor comercial de COLFONDOS S.A. y en enero de 2005 con otra asesora comercial de PORVENIR S.A. Finalmente, informó que realizó solicitudes de información a PORVENIR S.A y COLFONDOS las cuales no le fueron respondidas de manera satisfactoria, sin embargo, solicitó el traslado de Régimen Pensional en Colpensiones el 17 de agosto de 2018 y esta petición le fue negada (Fls. 3 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que, en cuanto a los vicios del consentimiento, señalados en el Artículo 1508 del Código Civil, la parte demandante no especificó claramente en qué consistió la acción fraudulenta de la entidad, no obstante, agregó que si se estaba refiriendo a error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 1509 del Código Civil, ello no produce vicio del consentimiento; que si se refirió al error de hecho, por virtud de lo señalado en el Artículo 1510 del mismo estatuto civil, sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado por la actora y COLFONDOS S.A., pues aseguró que la accionante sí pretendió afiliarse al Fondo perteneciente al RAIS. Asimismo, señaló que, en cuanto al vicio del dolo, sólo hacen una serie de manifestaciones tendientes a señalar que se engañó a la actora, al inducirla a trasladarse a este Fondo, sin siquiera intentar demostrar la supuesta conducta maliciosa, máxime si se tiene en cuenta, que el dolo no se presume sino en los casos establecidos en la ley, y que en los demás casos debe probarse, tal como lo establece el Artículo 1516 del Código Civil precitado. Así entonces, expresó que no se puede concluir que el traslado de régimen sea ineficaz, por cuanto no se cumplen los presupuestos de ley para ello, y el formulario de vinculación contiene la firma de la demandante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento, por ello, no se puede considerar como un acto sin valor jurídico simplemente porque no se cumplió con sus ahorros y expectativas pensionales, pretendiendo activar la

jurisdicción laboral para retornar al RPMPD. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad» y «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» (Fls. 104 a 129).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación de la parte demandante decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación 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. Agregó que, PORVENIR S.A., siempre garantizó el derecho de retracto, más aún, cuando el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en donde informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003. Finalmente, se debe indicar que, con la presente demanda, la parte actora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 152 a 180).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrido en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, encontrándose las documentales sujetas a derecho, igualmente añadió que no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Formuló como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción de la acción laboral», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada» e «innominada o genérica» (CD fl. 201).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de octubre de 2021, declaró la INEFICACIA del traslado de la demandante del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., realizado el día 22 de febrero de 1995, posteriormente con la AFP COLFONDOS el 12 de septiembre de 2003 y finalmente su retorno a la AFP PORVENIR el 31 de enero de 2005, Declaró válidamente afiliada a la actora a COLPENSIONES, desde el 14 de febrero de 1994, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración. Absolvió de las demás pretensiones y no impuso costas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que cuando se trata de los traslados de regímenes pensionales son las Administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria con la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional participar. Explicó que la información no se debe brindar sólo a los beneficiarios del régimen de transición, pues las AFP tienen el deber de información para con todos sus afiliados sin hacer distinción alguna. Recordó que cuando el afiliado afirma no haber recibido la información por parte del fondo, la carga de la prueba se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar. En ese orden, encontró que es escaso el material probatorio aportado tendiente a demostrar que se le informó a la afiliada sobre las implicaciones en el año 1995, características, ventajas y desventajas, condiciones y proyección del futuro de su pensión de vejez entre ambos regímenes, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, por el contrario, le brindó una falsa información manifestándole su conveniencia de pertenecer al RAIS, dándole una falsa expectativa. Agregó que la acción que pretende la ineficacia de la afiliación no prescribe por cuanto está relacionada con el derecho irrenunciable a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de apelación frente a la fijación de costas, argumentando que no corresponde a lo establecido por el CGP y

por el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura. De tal modo que solicitó se fije costas a las demandadas, como parte vencida en el proceso.

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, argumentando que para el momento de traslado de la demandante solo se contaba la obligación de brindar la información de manera verbal sin dejar documento adicional al formulario de afiliación, el cual es un documento público y autentico, y ello da a entender que ese traslado nació a la vida jurídica valida y efectiva, máxime cuando del interrogatorio se pudo establecer que sí se le brindó información respecto del RAIS, suscribiendo el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria e informada, añadió que el traslado horizontal realizado por la accionante deja ver su deseo de permanecer en el RAIS. Subsidiariamente, solicitó no ser condenada la AFP a devolver las comisiones de administración al ser descuentos autorizados por la Ley, siendo una retribución por la buena gestión y de devolverlos a COLPENSIONES implicaría un enriquecimiento sin justa causa.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, arguyendo que la demandante no contaba con una expectativa legítima al momento del traslado, además, no se probó la existencia de vicios del consentimiento, realizándose el traslado de forma libre, voluntaria y sin presiones, ratificado en los diferentes formularios de afiliación, del mismo modo, indicó que desconoce la situación actual de la accionante por lo cual tampoco resulta procedente dicho traslado. Subsidiariamente solicitó el reintegro de la totalidad de la cotización, así como la indexación de los valores trasladados, sin el descuento de ninguna suma de dinero por concepto de seguros de invalidez y muerte y tampoco se condene en costas a la entidad al ser un tercero ajeno al traslado de régimen pensional realizado por la demandante.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora a su turno, solicitó que se confirme tal decisión. COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 89 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 21 de noviembre de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES, el 17 de agosto de 2018 (fls. 23 a 27), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data,

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con apenas 6 semanas cotizadas al ISS (CD fl. 216), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 de febrero de 1995, según información registrada el formulario de afiliación a PORVENIR (fl. 35).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de

manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la aquí accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (22 de febrero de 1995, Fl. 35), lo del formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP PORVENIR S.A. Desde luego que, en el interrogatorio de parte, la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (22 de febrero de 1995, fl. 35), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o, que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante,

aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escape de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. En este sentido, no hay lugar a adicionarse en este sentido la sentencia, pues la orden de devolver los conceptos y valores a favor de COLPENSIONES es clara, incluso con lo relacionado con la indexación de los valores objetos de devolución por ser procedentes tal y como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 3207-2020, donde se asentó:

«7. Consecuencias de la declaración de inejecución»

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.”* (Negritas y subrayas fuera de texto)

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la inejecución del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar a los recurrentes que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las aquí accionadas en virtud de su oposición a las pretensiones que salieron

adelante, en este puntualísimo aspecto, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, razón por la cual habrá de revocarse este aspecto de la sentencia objeto de estudio.

En ese sentido, quedan resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se revocará parcialmente la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

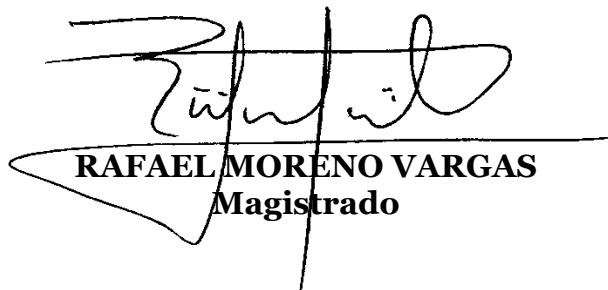
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, condenar en costas de primera instancia a las **AFP PORVENIR** y **COLPENSIONES**, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. En los demás se confirma la decisión.

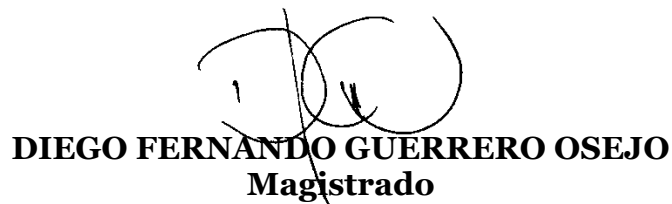
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ELIZABETH CLAVIJO RODRÍGUEZ contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Rad. 110013105-019-2018-00723-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 10 de diciembre de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ELIZABETH CLAVIJO RODRÍGUEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare que la A.F.P PORVENIR S.A. incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, en consecuencia, se declare nula e ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- efectuada a la A.F.P PORVENIR S.A., por entenderse que la falta de información por parte de esta vició su consentimiento. Se declare que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD administrado en la actualidad por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, y en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz, se condene a esta AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los

rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, asimismo, se condene a COLPENSIONES, a activar la afiliación y recibir estos montos. Se condene a las demandadas sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho que se causen.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, nació el 17 de mayo de 1959 e inició sus aportes a pensión en el RPMPD a través del Instituto de Seguros Sociales –ISS hoy COLPENSIONES, desde el 20 de abril de 1976, mencionó que se trasladó a la A.F.P HORIZONTE hoy PORVENIR el 16 de junio de 1999, indicó que, en la actualidad, sus aportes a pensión son administrados por la A.F.P PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS y a la fecha no se encuentra pensionada. Informó que su afiliación a esta última, se dio por cuanto a su lugar de trabajo se presentaron unos asesores comerciales informando que el ISS entraría el proceso de liquidación. Expresó que, la A.F.P PORVENIR, no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS. Advirtió que el 06 de agosto de 2018, solicitó ante la A.F.P PORVENIR que se procediera a anular la afiliación a dicha administradora, agregó que, también solicitó el 02 de agosto de 2018, ante COLPENSIONES que se procediera a la activación de su afiliación a COLPENSIONES por cuanto existió vicio en el consentimiento en la afiliación al RAIS, pero ambas solicitudes fueron negadas por improcedentes. Añadió que elevó la consulta ante la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA el 09 de mayo de 2017, a fin de que se pronunciara sobre el deber de información que está en cabeza de los fondos de pensiones y esta emitió respuesta a los interrogantes plantados el 12 de junio de 2017. Finalmente, advirtió que COLPENSIONES, como respuesta a requerimiento de la PROCURADURIA GENERAL, le informó que desde octubre de 2012 se adelanta por parte de esta entidad, actividades tendientes a informar adecuadamente a sus afiliados sobre los traslados de regímenes (Fls. 03-12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, como quiera que, la demandante no ha probado los vicios del consentimiento como lo son error, fuerza o dolo, y/o demuestre que esta cobijado por el régimen de transición, esto es, tener 15 años o más cotizados al 01 de abril de 1994, conforme a la sentencia SU 062 de 2010 fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en todo caso, no puede aceptar el traslado de la aquí demandante, ya que se trata de una pretensión en cabeza de la AFP, entidad-diferente a COLPENSIONES, por lo cual,

solicitó que se le absuelva de las pretensiones. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada» e «innominada o genérica» (Fls. 72 a 78).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante se afilió de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones, tal como lo aceptó al suscribir el formulario de afiliación a la AFP. Resaltó que la accionante fue debidamente asesorada sobre las implicaciones del traslado de régimen, los beneficios del régimen de transición y el derecho de retracto. Aseveró que, para el momento del traslado de la demandante, las AFP no tenía a su cargo el deber de asesoría e información, pues el mismo fue creado con el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015. Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 109 a 129).

A su turno, la **NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, vinculada como litisconsorte necesario, dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que por disposición legal (Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015 éste último a su vez modificado por el Decreto 848 de 2019) esa oficina responde *UNICAMENTE* por la Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones. Bajo este entendido el bono pensional, si se hubiera emitido y redimido sería anulado, dado que así lo ordena el inciso 2º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, como quiera que, el bono pensional tipo A es incompatible con una pensión del RPMPD. Así mismo, como el bono de la demandante ya fue redimido (pagado), enfatizó que debe ordenarse a Porvenir S.A., REINTEGRAR a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del bono pensional tipo “A”, suma que debe ser reintegrada debidamente indexada desde la fecha de pago hasta el momento en que se realice el respectivo reintegro. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «Inexistencia de la obligación», «Incumplimiento de la carga de la prueba», «Saneamiento de los vicios del consentimiento», «Prescripción de la nulidad y/o ineficacia», «Anulación y reintegro del bono pensional», «El traslado de aportes no se realiza mediante bono pensional», «buena fe» y «Excepción genérica» (CD fl. 265).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. el día 16 de junio de 1999. Declaró válidamente vinculada a la demandante a COLPENSIONES desde el 20 de abril de 1976, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como como cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, todo debidamente indexado. Ordenó la anulación del bono pensional tipo A, EMITIDO y REDIMIDO por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 28 de junio de 2016, y por consiguiente a la AFP PORVENIR, REINTREGRAR debidamente INDEXADO al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, hasta tanto la entidad que quien le corresponda efectuar el estudio de la reclamación pensional, establezca que la señora Elizabeth Clavijo Rodríguez tiene derecho a la pensión. Absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión señaló, en síntesis, que, cuando se trata de los traslados de regímenes pensionales son las Administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria con la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional. Explicó que la información no se debe brindar sólo a los beneficiarios del régimen de transición, pues las AFP tienen el deber de información para con todos sus afiliados sin hacer distinción alguna. Recordó que cuando el afiliado afirma no haber recibido la información por parte del fondo, la carga de la prueba se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar. En ese orden, encontró que la AFP no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó al afiliado sobre las implicaciones, crecimientos, condiciones y proyección del futuro de su pensión de vejez entre ambos regímenes, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, por el contrario, le brindó una falsa información asegurando la desaparición del ISS y manifestándole su conveniencia de pertenecer al RAIS, dándole una falsa expectativa. Agregó que a la ineficacia configurada, se debía anular del bono pensional tipo A, emitido y redimido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 28 de junio de 2016, y por consiguiente a la AFP PORVENIR, reintegrar debidamente indexado al

Ministerio de hacienda y Crédito Público, hasta tanto la entidad que quien le corresponda efectuar el estudio de la reclamación pensional, establezca que la señora Elizabeth Clavijo Rodríguez tiene derecho a la pensión; aunado a ello, con relación a la excepción de prescripción, anotó que la acción que pretende la ineficacia de la afiliación no prescribe por cuanto está relacionada con el derecho irrenunciable a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación contra la sentencia, solicitando en síntesis que se revoque, dado que si bien hay jurisprudencia al respecto, no se debe aplicar a todos los casos por igual, pues debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que considera, no ocurre en la presente causa, pues la demandante realizó de manera voluntaria su traslado, libre de presiones, luego de recibir una asesoría de conformidad con la obligación vigente para la fecha del traslado, sin que hubiere asesorías más allá de la establecida por la Ley, sin que se le pueda atribuir el deber del buen consejo, incluso para desincentivar la afiliación de la demandante, ni una doble asesoría, tampoco existía la obligación de información por escrito. Que esos requerimientos surgieron con posterioridad a la afiliación. Indicó que información estaba enfocada a impedir una coacción en la escogencia del régimen pensional. De modo que la actora sí recibió la información y la AFP ha cumplido con sus obligaciones legales, estableciendo canales para mantener la información y asesoría pertinente. En ese sentido reiteró que tales obligaciones de información no existían al momento del traslado, el cual fue legal, sin que existan vicios del consentimiento. Agregó que el hecho de no haberse advertido consecuencias con ocasión del traslado, no implica que se haya vulnerado el derecho de información, pues para esa data no era posible determinar consecuencias o desventajas frente a un derecho pensional que no se tenía certeza de consolidarse, sin que la inconformidad de la demandante con la mesada pensional a pesar de no tener clara la misma, sea suficiente para declarar la ineficacia del traslado. Señaló con relación a la devolución rendimiento y gastos de administración, que no estaba de acuerdo pues las consecuencias de la ineficacia consisten en que el negocio jurídico nunca se realizó, en tal medida los frutos obtenidos por la administración de los aportes, tampoco se generaron, de ahí que sea improcedente la devolución de estos, junto con las sumas previsionales. Hizo referencia a un concepto de la Superfinanciera, para precisar las diferencias entre uno y otro régimen pensional para alcanzar la pensión, que los traslados de los recursos deben efectuarse conforme al artículo 7 del Decreto 3195 de 2008, incluyendo las restituciones del caso. Consideró finalmente que, existiendo norma que regule tal situación no hay razón atendible para apartarse de ella.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, arguyendo para tal efecto que a la fecha en que se llevó a cabo el traslado, la normatividad vigente era la Ley 100 de 1993 y ello se llevó con sujeción a la misma, explicó que el demandante ejerció su derecho de libre escogencia de régimen, y en ese sentido, aceptó las condiciones propias del RAIS con la suscripción y firma del formulario. Recordó que, para el momento del traslado del actor, sólo se exigía la aceptación libre, voluntaria y espontánea del afiliado de cambiarse de régimen, misma que se manifestaba mediante la suscripción del formulario de afiliación. Por lo anterior, afirmó que no es posible exigir el cumplimiento de normas que para el momento el traslado del accionante no se encontraba vigentes, pues se violaría el principio de legalidad, enfatizando que los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que no se puede afectar a COLPENSIONES por no haber participado en el acto del traslado, máxime cuando la demandante ha permanecido por más de 22 años en el RAIS lo cual también supone una lesión en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera. Por último, aclaró que la demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, la cual busca proteger el fondo común del que dispone COLPENSIONES para pagar las pensiones de quienes cumplen con los requisitos para alcanzar el derecho pensional en el RPMPD. Agregó que, en caso de mantenerse la decisión, se confirme la condena con las devoluciones ordenadas y que se adicione en el sentido de que la sentencia se cumplirá una vez se hagan los traslados del caso por parte de la AFP.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A., COLPENSIONES y Ministerio de Hacienda presentaron alegatos de conclusión, los dos primeros en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La cartera ministerial pidió su confirmación, al igual que la parte actora.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 14, obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 17 de mayo de 1959, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES, el 02 y 06 de agosto de 2018 (fls. 35 a 41), es decir, cuando evidentemente ya habría cumplido la edad para adquirir el derecho de estar en el RPMD y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía el equivalente a 669,43 semanas cotizadas al ISS (fl. 21 a 26), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de junio de 1999, según información registrada el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR (fls. 20 y 131).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación laboral ya referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar,

si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (16 de junio de 1999, Fl. 20), plasmado en el formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos

En este orden de cosas, la AFP demandada omitió en el momento del traslado de régimen (16 de junio de 1999, fl. 20) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y

conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020). Lo anterior, incluye para este caso particular, la anulación del bono pensional «Tipo A» emitido en aplicación de lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, en el cual se establece que este tipo de bonos pensionales son incompatibles con el RPMPD, tal como lo concluyó la juez a quo.

Desde luego que, la 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 soportan los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de

ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. En se sentido, no hay lugar a adicionarse en este sentido la sentencia, pues la orden de devolver los conceptos y valores a favor de COLPENSIONES es clara, incluyendo lo relacionado con la indexación de los valores objetos de devolución por ser procedentes tal y como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 3207-2020, donde se asentó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineffectia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineffectia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

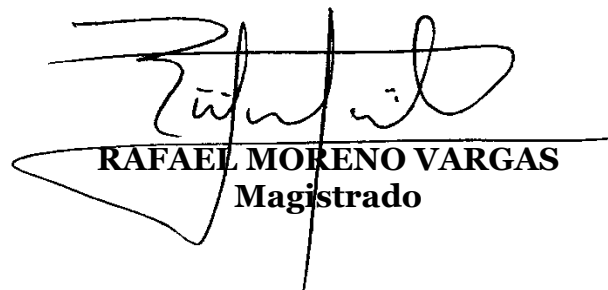
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GERMAN CAMARGO TORRES contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-019-2019-00122-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de octubre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **GERMAN CAMARGO TORRES** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado efectuado el día 25 de septiembre de 2001 con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones, en especial de su situación personal y concreta, como consecuencia de ello, solicitó se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerlo entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Asimismo, se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas, así como lo que resulte extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 04 de agosto de 1954, trasladándose del Instituto de Seguros Sociales –ISS al Fondo Privado de Pensiones PORVENIR S.A., el 25 de septiembre de 2001, agregó que el asesor comercial no le brindó información clara completa y oportuna acerca de la ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, pero sí le prometieron condiciones y beneficios muy superiores en el RAIS respecto del RPMPD, no obstante, señaló que comparando las simulaciones pensionales en los dos regímenes antes mencionados, evidenció como su mesada pensional es ostensiblemente superior en el RPMPD. Finalmente, adujo que agotó la reclamación administrativa radicando Derecho de Petición ante COLPENSIONES el 03 de agosto de 2018, solicitando la nulidad del traslado efectuado AFP PORVENIR S.A. de la cual obtuvo respuesta negativa (Fls. 04 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación del actor cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el efectuadas a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además de no hallar soporte alguno que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado, además de ello, se opuso a la eventual condena en costas procesales y agencias en derecho invocadas por el demandante teniendo en cuenta que la entidad no tenía como saber que se encontraba viciada la voluntad del afiliado a la hora de trasladarse, por tanto, actuó conforme a derecho. Formuló como excepciones de mérito las de «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 49 a 56).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por el accionante al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección entre administradoras realizada por el demandante. Explicó que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley es libre y voluntaria por parte del afiliado, hecho que se realiza con la

suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo previa asesoría, llevándose a cabo en el presente caso en el año 2001, fecha en la cual el actor se afilió a la AFP PORVENIR S.A. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 80 a 87).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. el día 25 de septiembre de 2001, Declaró válidamente vinculado al demandante a COLPENSIONES desde el 30 de septiembre de 1987, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES. Absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que cuando se trata de los traslados de regímenes pensionales son las Administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria con la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional. Explicó que la información no se debe brindar sólo a los beneficiarios del régimen de transición, pues las AFP tienen el deber de información para con todos sus afiliados sin hacer distinción alguna. Recordó que cuando el afiliado afirma no haber recibido la información por parte del fondo, la carga de la prueba se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar. En ese orden, encontró que la AFP no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó al afiliado sobre las implicaciones, crecimientos, condiciones y proyección del futuro de su pensión de vejez entre ambos regímenes, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, por el contrario, le brindó una falsa información asegurando la desaparición del ISS y manifestándole su conveniencia de pertenecer al RAIS, dándole una falsa expectativa. Agregó que la acción que pretende la ineficacia de la afiliación no

prescribe por cuanto está relacionada con el derecho irrenunciable a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación parcial en cuanto a la devolución de los gatos de administración, al considerar que los fondos de pensiones realizan los descuentos mes a mes, atendiendo a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la Ley 797 de 2003, advirtió que de la cuenta de ahorro del demandante no se evidencia ningún detrimento, por el contrario, un incremento considerable por concepto de rendimientos fruto de la gestión por parte del fondo privado, del mismo modo, expresó que los dineros ya pagados a aseguradoras por conceptos de re seguros se encuentran en manos de terceros con el objetivo de cubrir las contingencias de invalidez o muerte, y de devolverse estos rubros, se estaría generando un detrimento patrimonial a PORVENIR, y a su vez, un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES; por último, teniendo en cuenta lo antes mencionado, y por el buen actuar de la compañía, solicitó no sea condenada en costas.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, arguyendo para tal efecto que a la fecha en que se llevó a cabo el traslado, la normatividad vigente era la Ley 100 de 1993 y ello se llevó con sujeción a la misma, explicó que el demandante ejerció su derecho de libre escogencia de régimen, y en ese sentido, aceptó las condiciones propias del RAIS con la suscripción y firma del formulario. Recordó que, para el momento del traslado del actor, sólo se exigía la aceptación libre, voluntaria y espontánea del afiliado de cambiarse de régimen, misma que se manifestaba mediante la suscripción del formulario de afiliación. Por lo anterior, afirmó que no es posible exigir el cumplimiento de normas que para el momento el traslado del accionante no se encontraba vigentes, pues se violaría el principio de legalidad, enfatizando que los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que no se puede afectar a COLPENSIONES. Por último, aclaró que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, la cual busca proteger el fondo común del que dispone COLPENSIONES para pagar las pensiones de quienes cumplen con los requisitos para alcanzar el derecho pensional en el RPMPD.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte demandante, solicitó su confirmación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho

A folio 12 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 04 de agosto de 1954, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2016, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES, el 03 de agosto de 2018 (fl. 16), es decir, cuando evidentemente ya había cumplido la edad y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 339,29 semanas cotizadas al ISS (fl. 27), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 25 de septiembre de 2001, según información registrada el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (fl. 14).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (01 de septiembre de 2001, Fl. 14), lo del formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio

probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP PORVENIR S.A. Desde luego que, en el interrogatorio de parte, la parte accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de casación ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (01 de septiembre de 2001, fl. 14), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ*

SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

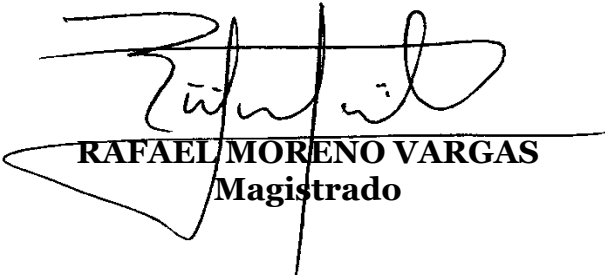
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

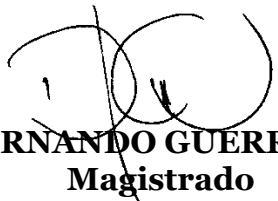
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RUTH BELISA FONSECA PARDO contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-027-2020-00259-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de noviembre de 2021. De igual modo, revisará la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **RUTH BELISA FONSECA PARDO** presentó demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, efectuado ante la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A. con fecha de efectividad el 01 de julio de 1995. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a PROTECCIÓN S.A. restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, así como cualquier concepto por el que PROTECCIÓN S.A. hubiere recibido ingresos por concepto de la afiliación como las cuotas de administración, entre otros. Solicitó que se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante en el

RAIS. Finalmente solicitó que se condene a PROTECCIÓN S.A. al pago de perjuicios morales ocasionados debido a la omisión de información importante al momento de la realización del traslado pensional. Que se condene a lo extra y ultra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como pretensión subsidiaria solicitó que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado que realizó del RPMPD al RAIS en cabeza de PROTECCIÓN S.A., al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado por parte de las demandadas al momento de la vinculación a ese fondo por parte de la demandante.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 30 de mayo de 1963 y para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con 30 años. Estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES desde el mes de agosto de 1982. Anotó que, sin mediar autorización o consentimiento informado, fue trasladada a PROTECCIÓN S.A. el 17 de julio de 1995. Al momento del traslado a PROTECCIÓN S.A. no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos o inconvenientes de este régimen y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones. Que al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, no se le asesoró respecto al régimen que más le convenía y no teniendo en cuenta que entre otras cosas, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando; no le informó cuánto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto o cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad o a la edad de pensión o para mantener su mínimo vital, además, no se le informó que todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta de ahorro individual y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen; y como influiría esto en su pensión, igualmente no se le informó sobre el derecho de retracto ni en qué consistía el mismo. Aseveró que, al momento del traslado de régimen, la AFP tenía a su cargo una responsabilidad con ésta de carácter profesional que le imponía el deber de asesorarla eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa, con

diligencia, prudencia con respecto a la decisión de traslado de régimen. Mediante solicitud enviada por empresa de mensajería certificada con fecha de envío del 30 de junio de 2020 y con fecha de entrega el 02 de julio de 2020, solicitó a COLPENSIONES el traslado del RAIS al RPMPD, la cual niega esta petición mediante oficio del 09 de julio de 2020. Mediante solicitud radicada el 24 de junio de 2020, solicitó a PROTECCIÓN S.A., el traslado del RAIS al RPMPD y esta, mediante respuesta enviada por correo electrónico el 13 de julio de 2020, negó esta petición. Finalmente aseveró que del actuar de la demandada se desprende un perjuicio; por su situación pensional no goza de una expectativa pensional clara de acuerdo con los aportes realizados (semanas aportadas al sistema de seguridad social en pensión y capital acumulado), pudiéndose encontrar en una mejor situación pensional (Expediente digital: 01 DEMANDA Y ANEXOS, Págs. 2 a 23)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, argumentando para tal efecto que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Frente a la pretensión subsidiaria. Propuso como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional» «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «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» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 11001310502720200025900 CONTESTACION, Págs. 1 a 40).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal fin, que del formulario de vinculación que suscribió la actora se desprende que el acto de afiliación se realizó

en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Tampoco puede predicarse que la parte actora fue engañada por parte de esta entidad al resultar en la actualidad que el valor de su mesada pensional en el RAIS es inferior a la mesada pensional del RPMPD, dado que, para el año 1995, no era posible fácticamente predecirlo pues le faltaban muchos años de cotización y edad para alcanzar una pensión de vejez. Así mismo el monto de la pensión en el RAIS el legislador la ligó a situaciones económicas o financieras y cambios normativos. Así las cosas, no es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga nula o ineficaz la afiliación ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, por lo que la parte actora no puede pretender la declaratoria de una nulidad o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas de un acto jurídico, pues si la favorabilidad en el valor de la mesada se evidenciara respecto del RAIS se tornaría en válida y eficaz su afiliación a este régimen. Frente a la pretensión subsidiaria se opuso indicando que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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» e «innominada o genérica». (Expediente Digital: 05 CONTESTACION PROTECCION, Págs. 1 a 28)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 03 de noviembre de 2021 declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS; condenó a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual como aportes, frutos, rendimientos

financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Condenó a COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la demandante al RPMPD como si nunca se hubiere trasladado y a recibir las cotizaciones provenientes de PROTECCIÓN S.A. Negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a PROTECCIÓN.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, indica que las sanciones impuestas por el ordenamiento a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado fundamentado en la ley 100 de 1993 en los artículos 271 y 272, artículo 13 CST y artículo 52 de la Constitución Política, por lo que no era necesario probar vicio del consentimiento, precisando respecto a la carga probatoria, que si el afiliado alegó que no recibió información cuando se trasladó al RAIS equivale a un supuesto negativo que no se acredita materialmente por lo que se debe invertir la carga probatoria, respondiendo la AFP, acreditando entonces que suministró la información de forma correcta. Señaló que antes del 2009 las AFP privadas tenían la obligación de hacer una ilustración de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, dando a conocer un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. En ese sentido, explicó que al estar probado que la afiliación inicial de la actora fue con el RPMPD, habiéndose trasladado al RAIS en la AFP PROTECCIÓN, sin embargo, de la revisión de las pruebas la parte actora no había confesado haber recibido la información necesaria al momento del traslado y que la AFP PROTECCIÓN no demostró haber brindado la información necesaria al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado. Por tanto, halló viable declarar la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las cosas debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, como su nunca hubiera ocurrida, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, comisiones y gastos de administración, lo cual no afectaba la sostenibilidad financiera de Colpensiones. En cuanto a los perjuicios morales, no se condenó al pago de los perjuicios morales solicitados por la demandante toda vez que no se demostró cuáles fueron los que se le ocasionaron con traslado al RAIS y no era dable presumirlos. Frente a la excepción de prescripción, no prosperaba por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia, arguyendo para tal fin, que debía tenerse en cuenta la prohibición legal que al momento de la solicitud que hace la demandante ya estaba inmersa en la prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 modificado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Igualmente se deben acreditar los vicios de consentimiento, dentro del expediente no hay prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Tampoco se encuentra un error sobre un punto de derecho que tenga fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica sobre el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado de pensiones. Igualmente, señaló, en el presente proceso hay una ratificación tácita o expresa para sanear el presunto vicio del contrato conforme a lo consagrado en el artículo 254 del Código Civil al ejecutar de manera libre y voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento. Igualmente, señaló que el deber de información que utiliza la CSJ es el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se consagró a través de la Ley 1648 del 2014 y Decreto 2071 del 2015, con lo cual fondos privados cuentan exclusivamente con un consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario, libre, sin presiones e informado del afiliado respecto al traslado. De modo que antes, no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS. Que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, constituye una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos, si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora, a ésta no la exoneraba el deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional del cual dependían sus expectativas económicas de plazo para acceder a la pensión de vejez.

La apoderada de la **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación de manera parcial, respecto a la condena a esta entidad a trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración, toda vez que estos son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, es decir que si la demandante hubiese permanecido afiliada al RPMPD, estos descuentos igualmente se hubiesen efectuado exactamente en los mismos porcentajes, cabe recordar que estos descuentos por cuotas de administración no tienen como vocación financiar la mesada pensional que por norma tienen una destinación específica y deben depositarse en cuentas diferentes en ambas entidades a las cuentas que tienen como finalidad el pago de las mesadas pensionales. Adicionalmente, estos descuentos se

encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que ha generado la cuenta de ahorro individual que a la fecha superan los \$114.531.913 pesos. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, si la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre ha estado afiliada en el RPMPD, la consecuencia lógica de ésta declaratoria de la ineficacia sería que se ordene a esta entidad trasladar solo el valor correspondiente a los aportes más los rendimientos que éstos hubiesen generado en el RPM ya que es de público conocimiento que la rentabilidad del RAIS supera por mucho la del RPMPD, todo esto en atención a la restituciones mutuas porque con la presente condena COLPENSIONES está incurriendo en un enriquecimiento sin causa, ya que estaría recibiendo los rendimientos que son el fruto de la administración que llevó a cabo esta entidad y adicionalmente está recibiendo las cuotas de administración que son la contraprestación por esa gestión administrativa que COLPENSIONES no llevó a cabo, adicionalmente, los dineros de la demandante no sufrieron deterioro alguno, por el contrario, como se mencionó anteriormente generaron unos rendimientos superiores al 110% respecto de lo por ella aportado. Finalmente solicitó que se aplique la prescripción a estos dineros correspondientes a las cuotas de administración ya que como se dijo previamente, la vocación de los mismos no es la de financiar la mesada pensional por lo que el concepto les es plenamente aplicable, adicionalmente ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el recurso de alzada y la respectiva contestación a la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A página 34 del archivo «01 DEMANDA Y ANEXOS», obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 30 de mayo de 1963, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 09 de julio de 2020 (pág. 58), es decir, cuando evidentemente ya había cumplido la edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 35,57 semanas cotizadas al ISS (Exp. Digital: «GRP-SCH-HL-66554443332211_1943-20210311075645»), por lo que no se encontraba en la

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 25 de julio 1995, según información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN (Exp. digital: 01 DEMANDA Y ANEXOS, págs. 68 y 89).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación laboral que definen con criterio de autoridad esta problemática, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia

de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (25 de julio de 1995) plasmado en el formulario de afiliación a hoy PROTECCIÓN S.A., no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a menos de diez (10) años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-*

2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene importancia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

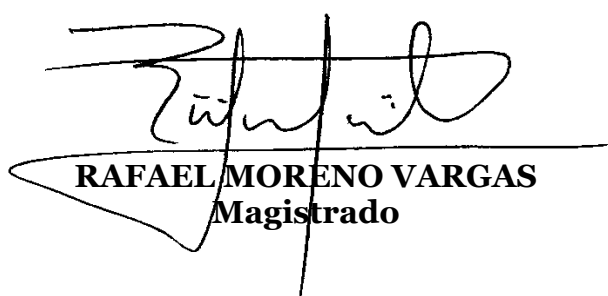
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

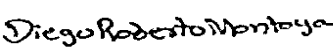
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de OSCAR JULIAN VALENCIA
GUAPACHA contra FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE
COLOMBIA. Rad. 110013105-021-2019-00009-01.**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **OSCAR JULIAN VALENCIA GUAPACHA** instauró demanda ordinaria laboral en contra de FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, con el fin de que se declare que el actor es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo por disposición convencional, así como también que existió una vinculación mediante un contrato de tiempo indefinido sin solución de continuidad desde el 1º de septiembre de 2008 y hasta el 28 de febrero de 2018, y que fue despedido sin justa causa. En consecuencia, se condene al reintegro al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad. Así mismo, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales legales y convencionales, tales como las primas, vacaciones, auxilio educativo, auxilio por paternidad y subsidio familiar, todo debidamente indexado. Se condene al pago de la diferencia resultante entre lo pagado y lo que debió pagar al actor durante la relación laboral por concepto de prestaciones sociales legales y convencionales, si

hubiese tenido en cuenta la prima de vacaciones convencional como factor salarial. Finalmente solicitó que se ordene el pago de las cotizaciones a salud, pensión y riesgos profesionales de acuerdo a los ajustes que se ordenen por salarios y prestaciones sociales. Además, las costas del proceso. De forma subsidiaria, solicitó la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia que se ejecutó entre el 1 de septiembre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2018. El último cargo desempeñado por el actor fue de Operador en Buencafe Liofilizado de Colombia en Chinchiná. A la terminación del contrato de trabajo, la remuneración salarial mensual fue de \$1.065.982. Fue despedido el 17 de enero de 2018 en forma ilegal e injusta. Manifestó que en la Federación Nacional de Cafeteros una organización sindical denominada Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, SINTRAFEC, con la cual se suscribieron convenciones colectivas de trabajo desde el año 1961 a 1996, acordándose que la Convención Colectiva de Trabajo se aplicaría a todos los trabajadores, además se reglamentó la estabilidad laboral y contratos de trabajo cláusula 8ª de la convención del año 1976 y en la de la vigencia año 1982-1984 en su artículo 3º dispuso el reintegro, aunado a que las convenciones le dieron a la prima de vacaciones el carácter de factor salarial; sin embargo, la Federación Nacional de Cafeteros no le aplicó durante la relación laboral, ni a la terminación del contrato de trabajo, los beneficios convencionales. Agregó que nunca renunció a la prima de vacaciones como factor salarial, de este modo, la accionada le adeuda la diferencia resultante entre lo pagado y lo que debió pagar por concepto de prestaciones legales y convencionales, si le hubiese pagado la prima convencional de vacaciones (folios 93 a 135).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el accionante solo fue beneficiario del régimen aplicable a los trabajadores afiliados a SINTRAFEC a partir de la fecha de su afiliación, ello es, el 21 de abril de 2017, data a partir de la cual, la Empresa reconoció y pago la totalidad de conceptos extralegales a que tuvo derecho, en su condición de afiliado a dicha Organización Sindical. Advirtió que el contrato individual de trabajo suscrito entre las partes lo fue a término fijo y feneció por una causa legal, ello es la estatuida en el literal c) del

artículo 61 del C.S.T., consistente en la expiración del plazo pactado, por tal motivo, el reintegro pretendido carece de cualquier sustento factico y jurídico. En ese sentido, arguyó que reconoció al accionante durante la vigencia de la relación laboral y a la fecha de su expiración por el vencimiento del plazo pactado, la totalidad de conceptos a que tuvo derecho, por tal razón los conceptos pretendidos carecen de cualquier sustento fáctico o jurídico, máxime cuando el accionante no fue beneficiario del aludido régimen convencional para los periodos pretendidos, puesto que, no se encontraba afiliado a SINTRAFEC, ni se le efectuaban descuentos por concepto de aportes a esta Organización Sindical de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1984, la cual, es un sindicato de empresa minoritario desde el mes de marzo de 1988. Se opuso al pago de costas y agencias en derecho. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «prescripción», «pago y compensación», «buena fe» y «genérica» (Expediente Digital: «01 EXPEDIENTE 2019-009». Págs. 245 a 265)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 11 de octubre de 2021, declaró que el demandante es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajos suscritas entre SINTRAFEC y la Federación Nacional de Cafeteros. Declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 1° de septiembre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2018, en razón de las prórrogas de las que fue objeto. Condenó al pago indexado de los siguientes conceptos: prima de vacaciones convencionales por la suma de \$2.962.850, por reliquidación de prestaciones sociales la suma de \$699.993, valores que deberán pagarse de manera indexada a la fecha en que se realice el pago. Condenó a la demandada a reajustar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones teniendo en cuenta el salario real devengado incluyendo para ello la prima de vacaciones que se causa de manera anual y convencional como factor salarial, de septiembre de 2014 a septiembre de 2015 \$1.447.808, octubre de 2015 a septiembre de 2016 \$1.515.042, de octubre de 2016 a septiembre de 2017 \$1.340.087, de octubre de 2017 a febrero de 2018 \$799.480. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a cargo de la parte demandada.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, encontró acreditado que las convenciones colectivas del trabajo suscritas entre la empleadora demandada y la

organización SINTRAFEC se encuentran vigentes y si eran aplicables en el presente caso al demandante en virtud de la jurisprudencia de la Sala de CSJ SCL, que en casos de similares aplicable al caso ha señalado que continúan vigentes las cláusulas no derogadas, por lo tanto, pese a que la dicha organización sindical dejó de tener la condición de sindicato mayoritario al 01 de abril de 1978, tal circunstancia no despoja lo convenido en virtud de la autonomía de las partes, siendo extendida en virtud de las partes, de modo que es aplicable a todos los trabajadores y le son aplicables al demandante en todo el tiempo laborado. Respecto al reintegro solicitado, anotó que la cláusula de estabilidad fue objeto de modificación en el artículo 3 de la convención colectiva de trabajo de 1978, estipulándose en dicha norma un nuevo régimen de estabilidad laboral en el que se suprime la posibilidad de mutación de la modalidad contractual. En ese sentido, estimó que la intención de las partes en la Convención Colectiva de 1978 así como las que sucedieron posteriormente a esta, fue regular un régimen de estabilidad laboral de manera integral en el que modificaron los montos de despidos sin justa causa y consagrando la garantía de reintegro únicamente y exclusivamente cuando el trabajador que, contando con más de 8 años de servicio, fuere despedido sin justa causa. En tal sentido, concluyó que no resultaba procedente declarar la existencia de un solo contrato a término indefinido durante el 1° de septiembre de 2008 al 28 de febrero de 2018, no obstante, se debía estudiar si la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa a fin de dilucidar la procedencia del reintegro, en los términos normados en la convención colectiva de 1978 invocada por la parte actora. Acotó que dicho este reintegro abriría paso si llevara más de 8 años y si era despedido sin justa causa. A ese respecto, señaló que el demandante laboró con la demandada desde el 1° de septiembre de 2008 por virtud de un contrato a término fijo, que fue prorrogado hasta el 28 de febrero de 2018, cumpliendo con el requisito de los 8 años de antigüedad. Seguidamente, la terminación del contrato a término fijo en el que se informa al demandante la decisión de no prorrogar su vinculación se siguió de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, notificada dentro de los términos para efectos contemplados en la norma, esto, a 30 días de antelación a la fecha de su vencimiento, de modo que tal terminación fue legal, por la expiración del plazo pactado, no de forma injusta. De ahí que no era viable ni el reintegro ni la indemnización subsidiaria solicitada. Establecido lo anterior, señaló frente a los beneficios convencionales comprendidos entre el 01 de septiembre de 2008 hasta el mes de mayo de abril de 2017, teniendo en cuenta que partir de esta última data y hasta la terminación de vinculación del demandante se hizo beneficiario de las normas convencionales por haberse afiliado al sindicato, precisando con relación a la excepción de prescripción, que, habiéndose radicado la

demanda de fecha de 18 de diciembre de 2018, los derechos causados con anterioridad el mismo día y mes, año 2015, se habían afectados por dicho fenómeno extintivo. Por tanto, sólo verificaría los beneficios convencionales comprendidos entre el 18 de diciembre de 2015 hasta el 21 de abril de 2017.

Frente a la prima semestral, señaló que está contemplada en el artículo de la convención colectiva de 1992 y 1994, según la cual se pagaría por concepto de prima de servicios el valor de una década de su salario básico más prima de carestía en el mes de junio, de acuerdo con las normas vigentes por las empresas para esta clase de primas. Sin embargo, se omitió por parte del actor indicar los parámetros para liquidar en debida forma la prestación, sin indicar a qué monto obedece tal emolumento o a los parámetros para su cálculo conforme lo contempla el artículo 28 de la convención colectiva de 1965, advirtiéndole que le está vedado hacer conjeturas sobre los derechos que se reclaman, pues corresponde a la parte actora otorgar todos los elementos suficientes para reconocer los derechos que persigue, tal como lo señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL-3665 de 2018). Frente a la prima de vacaciones convencional consagrada en la convención colectiva de 1984 y 1986 en su artículo 10°, señaló que teniendo en cuenta el fenómeno de prescripción y el tiempo laborado por el demandante, la convención habla de liquidarse conforme como se dispone para el quinto al décimo periodo, esto es el 130% de la remuneración integral mensual para la prima de vacaciones a disfrutar el 18 de diciembre de 2015 y el 28 de febrero de 2018, teniendo en cuenta también que tendría derecho a esta fecha, sin embargo, observó unos pagos al respecto, desde que fue afiliado, pues no existe discusión de que todos los derechos convencionales fueron cancelados desde su afiliación. En este punto, señaló que si bien la base del cálculo de la prima de vacaciones es la remuneración integral mensual, no es expresa en señalar el periodo que ha de tenerse en cuenta para estimar dicha remuneración, o si obedece a un promedio por un interregno determinado, así mismo, al momento en que ha de hacerse el pago de la misma, por tanto, se remitió a lo establecido en la convención colectiva de 1965 en que su artículo 30 establece que esta prestación se paga a los trabajadores al momento de disfrutar las vacaciones, disposición que no fue objeto de modificación en las sucesivas convenciones colectivas suscritas con posterioridad. En cuanto al subsidio familiar, auxilio de educación y de maternidad, explicó que al no demostrarse que el demandante tuviera hijos legítimos o extramatrimoniales y la fecha de nacimiento de estos, no era dable impartir condena por tales conceptos. Frente a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social, tomando como base salarial la prima de vacaciones, sostuvo que el demandante tiene derecho al pago de tal prestación extralegal cuya

connotación salarial se encuentra estipulada en el artículo 9° de la convención colectiva de 96 a 97; que, por expreso acuerdo de las partes, la prima de vacaciones constituye factor salarial, por lo que resulta procedente ordenar a la demandada el pago de la diferencia de lo que hubiere correspondido por concepto de cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios, vacaciones teniendo en cuenta la prima de vacaciones. De igual modo, halló procedente el reajuste de los aportes del demandante al sistema de seguridad social en pensiones teniendo en cuenta el salario real devengado, incluyendo la prima de vacaciones convencional como factor salarial. En torno al reclamo de la reliquidación de aportes de salud y a riesgos laborales, precisó que el demandante carece de legitimidad para tal aspiración pues son otros los legitimados para hacerlo o la parte actora hubiera sido legitimada en caso de acreditarse algún perjuicio por concepto, lo que no acaeció.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora, interpuso recurso de apelación, frente al punto de declarar que el actor no tiene derecho al reintegro, en tanto la cláusula o disposición de las partes de novación del contrato a término indefinido por haber superado un año continuo no tiene vigencia. Frente a lo cual mencionó que las partes desde la convención de 1961 establecieron unos capítulos de estabilidad laboral relativos a 3 figuras jurídicas independientes como son la relacionada al contrato de trabajo, en tanto consideraron que después de un año pasaría a ser un contrato permanente a término indefinido, señalando que según la jurisprudencia esta figura consiste incluso en una permanencia del objeto del contrato y por lo tanto debe estar vigente o legitimado, incluso la causa legal alegada por la demandada. Entonces esta referencia, precisó, para decir que es una figura autónoma que ha tenido incluso consagración legal y con alcance de estabilidad jurisprudencial. Señaló que ese es un elemento que se tiene y tuvo desarrollo a partir de la convención de 1961 y siguientes. Que la otra figura jurídica que tuvo también presencia en esa cláusula de estabilidad es la de las tablas indemnizatorias estableciendo unos montos de acuerdo a unos años allí específicos; y la tercera figura que denota estabilidad es la del reintegro. Sostuvo que esas tres figuras fueron desarrolladas y enriquecidas en cada una de las convenciones colectivas subsiguientes. Que, en efecto, en la convención de 1976 y 1982, no aparece la cláusula de novación, pero no quiere decir ello que expresamente las partes hubiesen acordado una supresión de ese derecho, sino siguieron una línea de desarrollo independiente de esa figura jurídica de estabilidad contractual, se vino desarrollando las tablas indemnizatorias y el tema del reintegro. Consideró que no necesariamente

y porque son independientes estas figuras jurídicas, no se puede llegar a decir que al cambiar los montos de indemnización, querría decir que se está también transformando o suprimiendo, o estos montos indemnizatorios tienen incidencia en la figura jurídica contractual. Señaló que, si se hace el estudio de las convenciones colectivas desde 1961, las partes en diferentes cláusulas convencionales, cuando querían darle una transformación o suprimir ellas mismas lo decían. Que tampoco se puede decir que es tácita porque debe haber una distinción dentro de las figuras jurídicas y las transformaciones de cada una de ellas no implican necesariamente, que ella hace una transformación de las figuras diferentes a no ser que lo dijera expresamente. Si ese es el sentido de pensar, que, porque no se vuelve a incluir, es un sinónimo o un efecto de negación de esa cláusula o supresión de esa cláusula, entonces también se podría decir que, en la convención de 1984, en el artículo 4° se señala: *«en los términos del artículo 3° de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí contemplados para el caso de determinación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa»*, haciendo notar que no se hizo mención del literal e) que habla de la acción de reintegro y no por ello entonces, se debe entender que porque en la convención de 1984 hizo referencia solo a los montos de indemnización, entonces se suprimió o eso quisieron las partes suprimir el literal e); todo ello para significar que las partes cuando querían cambiar las cláusulas anteriores, ellas mismas lo decían.

Frente a la prima de servicios, anotó que efectivamente en la cláusula que da lectura la señora juez se habla de una cláusula de carestía, pero también se puede encontrar en la convención del año 1996 que menciona en su artículo 1° sobre conversión de salario integrado a salario ordinario mensual en el último párrafo, dice que a partir del 1° de abril de 1996 quedan sin efecto las normas convencionales sobre prima de carestía, entonces esa prima no se tendrá en cuenta, por cuanto se encuentra que a lo que se refiere a la cláusula sobre prima semestral constituye un salario integral, que viene siendo el salario que en este caso tenía el demandante; y por tanto en esa situación, si ya esa prima, ni el salario básico ni la antigüedad y sobre cargas, eso constituye un solo salario, entonces debería el demandante tener acceso a esa prestación. Admitió ser cierto que no estableció precisiones en este aspecto, pero mencionó que hay una sentencia del Consejo de Estado donde establece la obligación para la parte que en forma general establece pretensiones, le queda la carga más difícil, pero aportando las pruebas se pueden acreditar estos dichos y se aportaron las convenciones, de modo que la juez en las inadmisiones le hubiese pedido las precisiones, porque sí hubo una falta en ello a cargo de la parte actora, pero conforme a esa sentencia del Consejo de Estado, manifiesta que debe probar y las convenciones

colectivas reposan en el expediente. Por lo tanto, consideró que en este punto el demandante tiene derecho a la prima semestral. Finalmente precisó, se debe revocar la sentencia en esos puntos, aclarando que efectivamente, si se reconoce la prima semestral, habría una incidencia en la reliquidación que la señora juez.

A su turno, el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, respecto a la existencia de la obligación y a la liquidación de las condenas emitidas que efectuó el despacho, a la valoración en este caso legal, jurisprudencial y probatoria, en concreto a la prueba documental aportada y que no se tuvo en cuenta al momento de resolver de fondo el problema jurídico planteado. Argumentó en ese sentido que delimitaría su alzada a 4 puntos: **1.** A la inexistencia de la obligación en relación con el periodo de tiempo anterior a la afiliación del accionante a la organización sindical SINTRAFEC y en relación con las reliquidaciones ordenadas. **2.** Lo relacionado con la figura de la prescripción en el presente proceso. **3.** Aun a modo de discusión, respecto de la forma de liquidación de la prima de vacaciones que se ordenó en caso de que no se consideren procedentes los puntos anteriores. Y **4.** Respecto a la excepción de pago y compensación propuesta en el escrito de contestación a la demanda.

Con relación al primer punto, precisó que si bien no desconoce las sentencias judiciales traídas a colación para el caso en concreto, lo cierto, en el presente caso no hay una identidad de hechos con dichas sentencias judiciales y con la jurisprudencia aplicada en el presente proceso, dado que, en razón a la reiterada jurisprudencia que han venido profiriendo algunas salas como lo son la Sala de descongestión y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este caso, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y SINTRAFEC, suscribieron en el año 2021, en el mes de febrero, una convención colectiva de trabajo que obra dentro del expediente y se aportó y se decretó como prueba de la demanda; y teniendo en cuenta que reiteradamente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que si bien existía discusión respecto de la vigencia o no de las normas de la extensión automática, existían posiciones encontradas entre las partes y posiciones encontradas en la misma Corte Suprema y en el mismo Tribunal Superior de este Distrito Judicial, era a las partes a quienes les correspondía determinar si dicho régimen convencional se extendía o no a todos los trabajadores de la empresa y entre tanto existía una omisión de las partes de establecer concretamente si existía o no dicho derecho, pues entraban ellos a determinarlo con base en la interpretación que hacían de las convenciones colectivas anteriores o suscritas al año de 1998. En esos términos, las partes suscribientes de dichos textos convencionales que fueron

derogados en su totalidad en el año 2021, quedando una convención única como lo es la convención colectiva del año 2021, pactaron en el artículo 43 o decidieron a través del artículo 43 de esa convención colectiva vigente, regular cualquier escenario o cualquier discusión relativa a la interpretación de estas cláusulas convencionales, es decir, lo relativo a la aplicación retroactiva de beneficios convencionales que se venía discutiendo y se venía interpretando según la Sala Laboral de la Corte, con base en ese vacío que dejaron las partes y que venía siendo interpretado en este caso, diciendo que no había habido una declaratoria expresa de la norma de extensión automática de la convención. En ese sentido, reitero que con la expedición de dicha cláusula convencional, SINTRAFEC y la Federación en la convención colectiva de 2021 quisieron dirimir esta controversia que se viene dando desde hace varios años y que ha tenido diferentes posiciones al interior de la Sala Laboral de la Corte y del Tribunal Superior de Bogotá diciendo que ellas mismas acordaban regular y establecer cuál era el alcance de esas disposiciones que se encontraban en las diferentes convenciones derogadas por esta convención, estableciendo que en ningún caso ninguna norma o beneficio convencional tendría aplicación retroactiva a personas que no hubieran estado afiliadas a la organización sindical SINTRAFEC, es decir, la discusión jurídica que se planteó en el presente caso y que se decidió con base en el precedente de la Corte Suprema de Justicia, pues dicho precedente o dichas reglas de derecho no resultaban aplicables al presente caso, porque hay un hecho nuevo y el hecho nuevo respecto a ese precedente judicial, es el hecho de la suscripción de esta convención colectiva de febrero de 2021 donde las partes suscribientes de la convención, derogaron todos los textos convencionales anteriores y específicamente quisieron regular de manera retroactiva la inexistencia de la obligación para personas que no hubieran tenido el carácter de afiliados a la organización sindical SINTRAFEC. En ese sentido, señaló que esta fue una prueba muy importante que no se valoró por el Despacho, en este caso para dar aplicación a la cláusula del artículo 43 de la convención colectiva de 2021 y, en consecuencia, determinar que con anterioridad a la afiliación del trabajador a la organización sindical SINTRAFEC que se dio en el mes de abril de 2017, el mismo no tenía derecho a recibir un beneficio de carácter convencional. Agregó que, aun a modo de discusión, planteó que no resulta aplicable al caso en concreto pues expresa que es la cláusula respecto de la inexistencia de esta obligación a regular de manera retroactiva. Solicitó que se tenga en cuenta su precedente que en diferentes salas también ha señalado recientemente que no existe la obligación o que no existía esta extensión automática de la convención teniendo en cuenta que dicha cláusula desapareció de las diferentes convenciones colectivas suscritas al interior de la empresa desde el año de 1988, que las partes por el contrario, una vez el sindicato se

volvió minoritario, venían reconociendo en las diferentes cláusulas, entre ellas, las de incrementos salariales, la dualidad de regímenes al interior de la Federación Nacional de Cafeteros, uno el de los trabajadores afiliados y otro el de los trabajadores no afiliados al sindicato. Adicionalmente las obligaciones que conllevaba el hecho de ser parte de dicha organización sindical, lo que se refleja en la dimensión positiva del derecho de asociación. Mencionó que el trabajador solo manifestó querer hacer parte del sindicato hasta el mes de abril de 2017 y con anterioridad a dicho periodo, entendido dicho derecho pero en su dimensión negativa, es decir, en su deseo de no hacer parte del sindicato, de no realizar aportes a dicha organización sindical, aportes sindicales y por contera de no adherirse al régimen que se les aplica a dichos trabajadores, todos esos criterios que también habían sido recogidos en parte por el Tribunal en algunas de sus sentencias encontrando posiciones encontradas al interior del mismo.

Respecto al 2º punto de apelación, señaló que, aun obviando lo anterior, los argumentos respecto a la inexistencia de la obligación, en caso de que estos no los llegara a considerar precedentes, solicitó se estudie la declaratoria de la prescripción parcial por parte del despacho, si bien en parte afirmó se encuentra de acuerdo con el despacho, discrepó respecto a la fecha que se tomó al momento de establecer las declaraciones y condenas del presente proceso, pues evidentemente se desconoció que en el presente caso tenía plena aplicación el artículo 94 del Código General del Proceso CGP, en consonancia con las diferentes normas aplicables en materia de prescripción, en este caso respecto a los derechos laborales, la presente demanda fue radicada en el mes de enero del año 2019 y fue admitida el 9 de septiembre del año 2019, en consecuencia si bien en principio parecería que la interrupción del fenómeno de la prescripción se dio a partir de enero de 2019 y estaríamos en discusión frente a las prestaciones relativas al periodo de enero del 2016 a enero de 2019, lo cierto es que la demanda fue admitida el 9 de septiembre de 2019 y solo fue notificada hasta el mes de agosto del mes de agosto del 2021, es decir, dos años después de admitida, por lo que evidentemente a partir del 9 de septiembre del 2020, dejó de tener efectos el fenómeno de la interrupción de la prescripción, que operó con la radicación de la demanda y dicha interrupción en los términos del artículo 94 del CGP, en criterio que ha sido reiterado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y asumido también por varias salas de este Tribunal, pues dejó de tener efecto la interrupción de la prescripción y la misma sólo se volvió a interrumpir hasta la notificación de la demanda a esta parte procesal, en el mes de agosto de 2021, es decir, la fecha que se debió tomar para contar o para calcular el trienio establecido en el CST y CPTSS, fue el trienio contado con antelación al mes de agosto del 2021.

En consecuencia, cualquier prestación anterior al mes de agosto de 2018, debió haberse declarado el fenómeno de la prescripción respecto a cualquier obligación causada con anterioridad al mes de agosto de 2018. Ahora, teniendo en cuenta la fecha de terminación del contrato de trabajo, ello es de febrero de 2018, pues debió haberse absuelto a esta entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el hecho de que todas ellas se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, que evidentemente a la interrupción de la misma, sólo operó desde agosto del 2021, fecha de la notificación del auto admisorio a esta entidad, que fue dos años después de la notificación a la parte actora del auto que admitió la demanda. En consecuencia y conforme lo establece el artículo 94 del CGP, todas las pretensiones dentro del presente proceso, se encontraban prescritas. Si se obviara todo lo anterior y se decidiera que no se va a aplicar el artículo 94 y que simplemente, se va a tener como fecha de interrupción de la prescripción la de radicación de la demanda, ello es la del mes de enero del año 2019, aun así, se tendría que cualquier prescripción anterior a enero de 2016 estaría prescrita y que únicamente estarían en discusión como periodos no prescritos, los se encuentran establecidos entre el mes de enero de 2016 y el mes de febrero del año 2018, es decir, un periodo de dos años y un mes respecto de los cuales no habría operado el fenómeno de la prescripción.

Con relación al tercer y cuarto puntos de alzada, señaló que en el presente caso no se tuvo en cuenta que el accionante en su condición de afiliado desde abril de 2017, es decir, casi la totalidad del último año de vigencia del contrato individual de trabajo que vinculó a las partes, recibió y le fueron pagadas por la empresa vacaciones que a partir de su afiliación fueran causadas con anterioridad o no, tenían como consecuencia de ello, en los términos de las diferentes convenciones colectivas vigentes, el pago extralegal de la prima de vacaciones. Que de una simple revisión de las pruebas aportadas, de la liquidación de prestaciones sociales, se encuentra que con posterioridad a abril de 2017 y hasta la fecha de terminación del contrato, la empresa canceló a la accionante el 25.5 días de vacaciones y consecuentemente con ello cancelando la prima de vacaciones por esos 25.5 días y adicionalmente, hizo un adelanto, un concepto que denominó adelanto de la prima de vacaciones en el periodo anterior a la terminación del contrato por \$1.340.000 pesos. Es decir, que en principio se diría que solo 11 meses hubo de afiliación en vigencia del contrato por el cual se pagó la prima de vacaciones, ello no fue así porque la prima de vacaciones no se reconoce por tiempo causado, se reconoce por vacaciones disfrutadas, aun cuando solo hubo 11 meses de vigencia del contrato con la afiliación activa del trabajador al sindicato y por lo tanto con aplicación de beneficios convencionales, aun así, la empresa reconoció al accionante prima de vacaciones respecto a 25.5 días

de vacaciones y una prima anticipada de \$1.340.000, es decir, correspondería a casi otro periodo de vacaciones de por lo menos 10 días, 11 días de vacaciones, es decir, la empresa reconoció al accionante más de 30 días de vacaciones que aun a modo de discusión serían los no prescritos y respecto de los cuales, el juzgado podría obviando todo lo anterior, podría haber ordenado, se pagara la prima de vacaciones, sin embargo, todos estos periodos ya habían sido reconocidos por la empresa y no se estudió dentro del fallo, los diferentes desprendibles de pago para efectos de declarar probada la excepción de pago propuesta con el escrito de contestación a la demanda. En tal sentido, si lo que procedía, planteándolo a modo de discusión era declarar la prescripción desde dicha fecha y ordenar que se cancelaran las primas de vacaciones adeudadas, no se debió haber hecho como se hizo de manera genérica simplemente tomando el tiempo y ordenando el pago del mismo, sino se debió haber revisado cuales fueron los periodos reconocidos o cuantos días se reconocieron, pues con posterioridad a la afiliación transcurrieron 11 meses, pero en ese periodo de 11 meses se reconocieron 25.5 días de vacaciones con su respectiva prima de vacaciones y \$1.340.000 de anticipo de prima de vacaciones, con lo que evidentemente todos los conceptos que se reconocieron en este proceso, ya habían sido pagados de manera anticipada por la empresa durante el periodo de 11 meses en que el trabajador fue beneficiario del régimen convencional y disfrutó de diferentes periodos de vacaciones que tenía causados y no disfrutados. En tal sentido, debió haberse probado la excepción de pago propuesta, así mismo y aun a modo de discusión, respecto a la procedencia o a la declaratoria de que es salarial la prima de vacaciones, solicitó que se tenga en cuenta que se desconoció al mismo tenor de la convención colectiva de 1996, pues la misma fue clara al señalar que teniendo en cuenta los cambios jurisprudenciales que se habían producido, las partes acordaban darle carácter salarial a la prima de vacaciones y que sin embargo, dejaban en autonomía de las partes entendida por tales trabajadores empresa para que acordaran en los términos del artículo 128, darle carácter no salarial, es decir, pese a que se le dio carácter salarial en convención colectiva en el contrato colectivo de 1996, las partes fueron expresas que éste en ningún caso iba a limitar el derecho a la autonomía que tendría el trabajador o afiliado y empresa de pactar que dichas cláusulas no tienen carácter salarial. Siendo ello así y en consonancia con la convención colectiva de 1996 que fue la que le dio dicho carácter a esa norma convencional y que abrió la puerta y dejó claro que en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo, se podría pactar darle carácter no salarial a esta prima extralegal o esta prestación extralegal, se debe remitirse al contrato individual de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el 28 de agosto de 2008, que es claramente posterior a la convención colectiva de 1996 en más de 12 años, de tal manera, se podía decir que la convención colectiva

modificó dicha cláusula convencional y ahí se tiene en su cláusula 2° que el contrato individual de trabajo suscrito entre las partes, señala expresamente que las prestaciones extralegales reconocidas al trabajador, en este caso la prima de vacaciones, no tiene carácter salarial ni puede ser tenida en cuenta para efectos prestacionales, ello en desarrollo del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y en consonancia con la convención colectiva de 1996 que abrió la puerta y dejó en libertad de las partes de que pactaran darle carácter no salarial a dicha prima de vacaciones, en tal sentido, de haber sido declarado por el despacho y así ha sido declarado en un número amplio de sentencias por parte de diferentes salas del Tribunal que le han dado aplicación a estas cláusulas contractuales en las cuales en los términos del artículo 128 y de la convención colectiva de 1996, las partes entendiendo por tales el trabajador y la empresa, acuerdan darle carácter no salarial a dichas primas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada, alegó de conclusión en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a ésta Sala de Decisión en atención a lo preceptuado en los artículos 66 y 66A del CPTSS, establecer si la cláusula de extensión de beneficios convencionales a trabajadores no sindicalizados, quedó derogada con la entrada en vigencia de la Convención Colectiva de 1988, de no ser así, verificar si hay lugar al reintegro, a la prima de vacaciones y su carácter salarial, a la prima semestral convencional y a las reliquidaciones ordenadas; verificando si se configuró el fenómeno de la prescripción y si hay lugar a declarar probada la excepción de pago y compensación.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar los problemas jurídicos así planteados, se precisa por esta Sala de Decisión, que no es materia de discusión que el demandante fue vinculado mediante un contrato de trabajo por la aquí demandada, desde el 1° de septiembre de 2008

para desempeñar el cargo de Operador I, devengando como último salario básico al año 2018, la suma de \$1,065,982.

Aterrizando sobre el primer punto álgido a resolver, es menester, hacer remembranza sobre las cláusulas de extensión a terceros que se han convenido en los diferentes acuerdos colectivos que se han suscrito entre la Federación Nacional de Cafeteros y la SINTRAFEC, aportadas en CD de folio 192 y cuentan con constancia de depósito, de la siguiente manera:

En la convención colectiva que data de 1965, en su artículo 40, sobre su aplicación se pactó: *«La presente Convención Colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL CAFETEROS DE COLOMBIA y de la SOCIEDAD ANONIMA ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ SA».*

A su turno, en el art. 33 de la Convención Colectiva de 1974, sobre este mismo tópico se indicó: *«la presente convención colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósitos S.A., en las condiciones y términos aquí indicados. A los trabajadores no sindicalizados que se benefician total o parcialmente con la contratación colectiva se les harán con destino al sindicato, las retenciones que autorizan la Ley».*

En iguales términos se estipuló en cláusula trigésima primera de la Convención de 1976, artículo 33 de la Convención Colectiva de 1978, art. 28 de la Convención Colectiva de 1980, art. 27 1982, art. 16 1984, y en el art. 1º del Laudo Arbitral de 1986, se indicó *«quedan vigentes los acuerdos celebrados en las etapas de arreglo directo y mediación, entre las empresas Federación de Cafeteros y Almacafé S.A, y el sindicato nacional de trabajadores “Sintrafec”, que no se modifiquen por este laudo»*; a su turno, examinada el Acta de Finalización de la etapa de mediación, sobre el estado de acuerdos de la negociación, en su numeral segundo se precisó: *«En cuanto a puntos de: continuidad de prestaciones sociales y derechos, compensación de prestaciones y derechos, publicación de la convención y aplicación de la convención, como están en convenciones anteriores»*, razón por la cual, el laudo arbitral sólo versó sobre el aumento de salarios, viáticos y auxilios familiares, de transporte y educativos.

Bajo este panorama, el meollo del asunto recae en discernir si a partir de la convención colectiva de trabajo de 1988, cuando SINTRAFEC mutó a un sindicato minoritario, era menester que la cláusula de extensión a trabajadores no

sindicalizados apareciera expresa en su contenido, aunado a que, a juicio del recurrente, de conformidad con disposiciones de convenciones colectivas posteriores se puede inferir que no era la intención de las partes mantener dicha extensión a todos los trabajadores de la empresa.

A este respecto, en criterio de esta Sala de Decisión, no le asiste la razón al apelante sobre su planteamiento, en primer lugar, porque fue expresa la voluntad de las partes suscribientes de dicho convenio colectivo de dar continuidad a todas los beneficios, prerrogativas y derechos que no se hubieran regulado, modificado o derogado de manera expresa en el nuevo contrato colectivo, tal y como se estipuló en artículo 13 del clausulado convencional, al precisarse que: *«Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogados, modificados o sustituidas por la presente convención colectiva»*.

Bajo este entendimiento, si bien es cierto, en principio, la convención colectiva de trabajo, dada su naturaleza consensual sólo tiene efectos inter partes, de modo que sólo obliga a quienes hayan intervenido en su suscripción; no es menos cierto que las normas especiales laborales trascienden al principio de relatividad contractual que impera en las leyes comunes, al establecerse en el art. 471 del CST que en aquellos casos donde la convención colectiva sea suscrita por un sindicato mayoritario, es decir, aquél que aglutine más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las prerrogativas convencionales se extenderán a todos los trabajadores de la misma; así mismo, vía jurisprudencial también se ha pregonado que en el proceso de la negociación colectiva las partes involucradas, de manera libre y voluntaria pueden acordar que las prerrogativas convencionales se extiendan a aquellos trabajadores no pertenecientes a la organización sindical, pues lo que se busca a través de las convenciones colectivas es proteger las garantías y derechos mínimos que el régimen laboral reconoce al trabajador, y en esa medida, como lo que se busca con dicho consenso es expandir el campo de aplicación de dichos privilegios más beneficiosos que los otorgados por la Ley, resulta plenamente válido y acorde con el ordenamiento jurídico.

En esa dirección, al ser la convención colectiva un mecanismo de autocomposición entre las partes, a través de las cuales se fijan las condiciones en las que ha de desarrollar la relación laboral, y como quiera que son las mismas partes quienes fijan el alcance y contenido de las normas que contienen sus consensos, es lógico que deba mediar un acuerdo expreso entre las mismas partes que decida finalizar el compromiso contraído, de modo que para el caso particular de las convenciones

colectivas, y por ende, de su clausulado, se entiende que perdura su vigencia hasta tanto no sea reemplaza o sustituida por una nueva, o sea derogada expresamente. A este respecto conviene destacar, que con arreglo a lo previsto en los arts. 478 y 479 del CST, los acuerdos colectivos previo el lleno de los requisitos legales para que nazcan a la vida jurídica, mantienen su vigencia bajo la denominada «*prórroga automática*», hasta tanto no sea denunciada la convención por las partes y se firme una nueva, y en esa medida, se debe entender siempre la vigencia de una convención como de sus estipulaciones, hasta tanto no se demuestre que la referida convención, o algunas de sus cláusulas, fue sustituida por una nueva que la modifique o extinga.

Sobre este particular, en un caso idéntico al sometido en consideración de esta Sala, donde igualmente actuaba en condición de demandada la Federación Nacional de Cafeteros, y se alegaba por esta última la derogación tácita de la cláusula que hacía extensiva la aplicación de la convención a trabajadores no afiliados a SINTRAFEC el Alto Tribunal de especialidad, en sentencia del 7 de julio de 2010, rad. 37.478, razonó:

«Desde luego, plasmada en el contrato colectivo la voluntad de los contratantes, no es dable jurídicamente que uno de ellos unilateralmente decida desconocer lo pactado. Ese contrato, que le dio vida a la obligación, continua rigiéndola hasta cuando por uno de los eventos señalados en la ley, entre ellos el acuerdo de las partes, se decida finiquitarla.

Es necesario poner de presente también, que del contrato colectivo de trabajo se ha dicho que es una institución sui generis, pues si bien tiene origen contractual y se rige en principio por las normas que regulan las obligaciones y los contratos, igualmente tiene unas particularidades o características que le son propias y los hacen diferentes de los contratos comunes. Una de ellas, tiene que ver precisamente con su vigencia en tanto rige hasta cuando sea reemplazada por una nueva.

(...)

Para el asunto bajo examen, las orientaciones transcritas tienen perfecta aplicación, en tanto no discute la censura que en el artículo 3º de la convención colectiva 1982-1984, la demandada se comprometió a aplicar los beneficios en ella contemplados a todos sus trabajadores, el cual no fue derogado ni expresa ni tácitamente por las convenciones posteriores que suscribió».

También pueden revisarse las sentencias SL rad. 36054 de 2011, SL6231-2016, SL19487-2017, SL327-2018 y SL5385-2018 que reiteraron tal criterio.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que haya una derogación tácita de la cláusula de extensión a terceros, por el hecho de que se haya pactado en las convenciones colectivas de los años 1996 y 1998, que «*los aumentos que se pacten para los*

trabajadores beneficiados por la Convención Colectiva de Trabajo no podrán ser inferiores en un futuro a los incrementos generales que se determinen para el personal que no se rija por la Convención Colectiva»; pues si la intención de las partes, fuera significar que con ello se eliminó la aludida extensión, se hubiese indicado de manera puntual que se refería al personal no afiliado o sindicalizado, habida cuenta que si se tiene en cuenta que en las diversas convenciones colectivas se ha pactado en cada una de ellas la continuidad de estipulaciones contenidas en anteriores convenciones, a manera de ejemplo, se observa como en la convención colectiva de 1972, en su parte final se dejó constancia expresa de los trabajadores que se excluían de los beneficios de la convención en los siguientes términos:

«Por solicitud propia se excluyen expresamente de los beneficios de la presente convención: el gerente General, los Gerentes auxiliares y el Gerente técnico de la federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el Gerente General de los Almacenes Generales de Depósitos de Café S.A, los miembros de la comisión negociadora, tantos principales como suplentes, el conciliador de las Empresas y el Director de la División de Relaciones Industriales».

En ese contexto, se observa que sólo se ha pretendido excluir de manera expresa a los considerados empleados directivos, razón por la cual, no se puede entender que al referirse la precitada cláusula a trabajadores que no se rigen por la convención colectiva, se hace referencia a aquellos que han sido excluidos expresamente de los beneficios convencionales. En un caso similar, así también lo ha entendido el órgano de cierre al precisar:

«...el texto transcrito solo puede ser entendido en el sentido que su literalidad enseña, que impide algún tipo de interpretación extensiva, como lo pretende la censura, pues no ha de olvidarse el carácter excepcional de las restricciones en materia de aplicación de los beneficios pactados en una convención colectiva de trabajo, en tanto la regla general como trasunto del principio de igualdad, es que todos los trabajadores de una determinada comunidad laboral tienen derecho a que se les apliquen las normas legales y extralegales en idénticas condiciones, sin discriminaciones distintas a las estrictamente necesarias y permitidas, por manera que deviene inadmisibile todo ejercicio argumentativo que pretenda excluir a los trabajadores que ocupen cargos que no se hallen expresamente consagrados en la ley o en la convención como susceptibles de ser marginados de los beneficios convencionales».

Acorde con el pronunciamiento en cita, en las interpretaciones relativas al campo de aplicación de una convención colectiva, debe atenderse a la estricta literalidad convenida entre las partes sin que se pueda en estos casos hacerse interpretaciones extensivas, para luego de hilar sobre lo delgado, concluir ambiguamente sobre la restricción a la aplicación de una convención colectiva, cuando previamente las

partes habían convenido sobre quienes eran sus destinatarios sin hacer modificaciones o derogaciones en disposiciones convencionales posteriores, como tampoco se encuentra acreditado dentro del plenario, que la exclusión de beneficios a terceros haya sido objeto de conflicto en los pliegos de peticiones o hubiese sido objeto de acuerdo en la etapa de arreglo directo, por lo que resulta forzoso concluir es que dicha prerrogativa se mantuvo incólume.

Ahora, si bien la parte actora arguye que no resultan aplicables tales disposiciones convencionales en virtud de una nueva convención suscrita entre SINTRAFEC y la demandada, para la vigencia 2021 – 2026 (CD. Fl. 177), en la cual, en su artículo 43 se definió la aplicación de esa nueva convención precisando:

«La presente Convención Colectiva de Trabajo aplica solo a los trabajadores afiliados a la Organización Sindical SINTRAFEC a la fecha de la firma de la presente convención y con contrato laboral vigente con las EMPRESAS. En ningún evento, la Convención Colectiva de Trabajo tendrá aplicación retroactiva a trabajadores que no estuvieron afiliados o adheridos a la organización sindical SINTRAFEC.

De igual forma se acuerda que la presente convención colectiva de trabajo no será aplicable a aquellos trabajadores de una tercera empresa que en el futuro le sea decretada la figura de unidad de empresa con la Federación Nacional de Cafeteros o de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A. -Almacafé-, bien sea por autoridad administrativa o Judicial.

Respecto a los trabajadores que se vinculen a la organización sindical SINTRAFEC con posterioridad a la-firma de la presente Convención Colectiva, se les aplicará en forma exclusiva las normas establecidas en Título 11 (Régimen aplicable a los trabajadores que se vinculen a la organización sindical con posterioridad a la firma de la presente Convención Colectiva) que hace parte de esta Convención».

Ello, en ningún caso tiene la entidad de derruir las conclusiones precedentes a las que esta Sala ya arribó, en primer lugar, porque la misma ocurre con posterioridad a la vigencia del contrato de trabajo que acá se verifica y, asimismo, dicha cláusula resulta meridianamente clara en precisar que se trata de *«la presente convención colectiva»*, esto es, refiere a la aplicación exclusiva de esta última convención colectiva, con lo cual descarta de plano las demás <anteriores> a las que se ha hecho referencia precedentemente. De este modo, no tiene vocación de prosperar tal argumento.

De igual manera, resulta importante advertir que, las sentencias proferidas por este Tribunal, a las que hace alusión la parte demandada, no han sido emanadas por la presente Sala de Decisión, en tanto esta acoge sobre el particular, el criterio expuesto

por la Corte Suprema de Justicia, y en virtud del cual no resultan vinculantes el criterio horizontal que allí se pudo haber vertido.

REINTEGRO CONVENCIONAL

Zanjado entonces efectivamente que la cláusula de extensión a toda la comunidad laboral de la Federación Nacional de Cafeteros no desapareció de los convenios colectivos, se habrá de descender sobre el siguiente problema jurídico, esto es, si hay lugar o no al reintegro deprecado por la parte actora, el que, descendiendo al reparo principal elevado por el extremo activo, atinente al reintegro por mutación de la modalidad contractual, se advierte que el sustento de tal reclamo es visible en los fundamentos del *libelo* introductor, al referir que en la Convención Colectiva de Trabajo para la vigencia de 1976, se previó tal transformación en la duración del vínculo y, que consumado ello, la alusión esgrimida por la pasiva para fenecer el nexo carece de justeza e implica su reintegro.

Regulación que obra en las Convenciones Colectivas de Trabajo con la correspondiente acta de depósito que, en cuanto al punto de debate, enseña a la letra:

«CLAUSULA OCTAVA. - ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO

En caso de terminación unilateral de Contratos de trabajo sin justa causa, por 1parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios: (...)

Parágrafo. Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a LAS EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de tiempo indefinido».

En efecto se evidencia que tal cláusula, en un principio y para los periodos que cobijó el reseñado convenio obrero patronal, en los términos de la cláusula trigésimo segunda ejusdem¹, avaló la transformación de las modalidades contractuales para aquellos contratos a término fijo que contaran con un año de servicio continuo, pero lo cierto es que tal prescripción convencional no fue objeto de continuidad en los subsiguientes pactos convencionales al ser motivo de modificación.

Nótese como en el documento convencional suscrito entre la pasiva y la organización sindical para las datas de 1º de abril de 1978 a 31 de marzo de 1980 y, en lo tocante a la estabilidad laboral, refirió en el artículo 3º que:

¹ «La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de veinticuatro (24) meses exactos, contados a partir del primero (1o.) de Abril de mil novecientos setenta y seis (1976), expirando el treinta y uno (31) de Marzo de mil novecientos setenta y ocho (1976)».

«ESTABILIDAD LABORAL

En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo de servicios:

- a) Cincuenta y Seis (56) días de salarios cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un (1) año;*
- b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicios continuo y menos de cinco (5) se le pagará Veintisiete (27) días adicionales de salario sobre los Cincuenta y Seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes y proporcionales por fracción.*
- c) Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio y menos de ocho (8) se le pagarán treinta y seis (36) días adicionales de salario sobre los cincuenta y seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;*
- d) Si el trabajador tuviere ocho (8) años o más de servicio continuos, se le pagarán cuarenta y dos (42) días adicionales de salario sobre los cincuenta y seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;*
- e) Cuando el trabajador hubiere cumplido ocho (8) años continuo de servicios y fuere despedido sin justa causa, podrá solicitar ante el Juez del Trabajo el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización de que trata el literal d) de este Artículo, en la forma prevista por el numeral 5º, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965».*

Disposición que fue el origen para la eliminación en el ámbito laboral de la novación contractual para los pactos a término fijo de los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, pues a *posteriori*, no fue incluida en los restantes instrumentos convencionales integrados a las diligencias.

Circunstancia que, se desprende del derecho constitucional a la negociación colectiva entre sindicato y empleador, al perseguir la ampliación del valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo e, incluso, la procedencia del reintegro para un grupo especial de empleados. Sumado a ello, tales prescripciones no evidencian vulneración por encontrarse a tono con la continuidad de los derechos y prestaciones, aun respecto de las modificadas, para aquellos que en tal estadio temporal contaban en su haber con un derecho adquirido, como fue plasmado en el artículo 30 de la Convención Colectiva de Trabajo 1978 a 1980.

De manera que, las determinaciones asumidas por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS al dar continuidad del contrato de trabajo a término fijo se encuentran acorde con la materialización de aquella reivindicación histórica plasmada en el artículo 55 de la Constitución Política de 1991 (negociación colectiva) que buscaba velar por el acceso de los anhelos de los trabajadores en las relaciones obrero-patronales, incluyendo regulaciones a título prestacional y de obligaciones; y en tal medida, no se encuentra que mediante la modificación de la estabilidad laboral reforzada concretada por la Convención del año 1976, dimane una vulneración a los

derechos del hoy demandante, cuando aún su vinculación laboral no había nacido a la vida jurídica, en la medida que ello tuvo lugar hasta el 01 de septiembre de 2008.

Sobre este particular, no puede perderse de vista que la presente discusión ya fue objeto de manifestación por la H. Corte Suprema de Justicia, que en su Sala de Casación Laboral dentro de la sentencia SL6231-2016, adoctrinó:

*«Pues bien, una vez analizadas de manera individual y en conjunto las cláusulas convencionales transcritas, en sentir de la Corporación el acuerdo colectivo suscrito en el año 1978, **modificó** la cláusula sobre estabilidad estatuida en la convención colectiva de trabajo de 1976, es decir, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido.*

Repárese en que en la convención colectiva de trabajo de 1978 no solo incrementó la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, sino que consagró la posibilidad del reintegro para los trabajadores despedidos sin justedad alguna luego de 8 años de servicios.

Por manera que esta última disposición es el resultado del querer de los protagonistas sociales que, en virtud, del principio de autocomposición acudieron a un proceso de negociación colectiva y que estimaron excluir del acuerdo final suscrito en el año 1978, la transformación de los señalados vínculos jurídicos, ya que empleador y organización sindical se encargaron de regular de forma integral la figura de la estabilidad.

Ciertamente, y en vía de corroborar lo discurrido, del contenido mismo de la convención colectiva de trabajo de 1982, se nota aún más la intención de las partes de excluir tal mutación contractual, toda vez que allí se pactó un capítulo conformado por 5 artículos, que reglamenta de manera completa y amplía todo lo concerniente a la estabilidad, disposición en donde precisamente brilla por su ausencia la tantas veces mencionada posibilidad de cambio en la modalidad contractual de fijo a indefinido.

Para abundar en este preciso aspecto, véase que el capítulo II, artículo 4º de convención colectiva de trabajo de 1984, dispuso: «ESTABILIDAD LABORAL.

En los términos del Artículo 3º de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí contemplados para el caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa», lo que permite inferir con mayor agudeza que tampoco incluyó el párrafo en mención y que la intención de las partes desde la firma de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978, fue excluirlo de cualquier pacto posterior.

*Ahora, si se tiene en cuenta que la figura bajo estudio estaba consagrada en el párrafo de la norma convencional de 1976 y si entendemos por párrafo un «Fragmento de un escrito que tiene una unidad temática», quiere decir que la posterior convención colectiva-1978- al no consagrarla **modificó** tal precepto, en el sentido de suprimir de la convención la posibilidad de variarse la naturaleza jurídica del contrato y, en ese horizonte, la normativa convencional no podía ser escindida, como lo pretende la recurrente. En otras palabras, **dicho párrafo no consagra una materia diferente a la de la estabilidad laboral, por lo que no se puede entender como un precepto autónomo o un beneficio independiente de la propia regulación de la estabilidad, cuando por su naturaleza es dependiente o inherente a ella, es decir, guarda una relación directa de conexidad con la figura de la estabilidad.***

(...)

En conclusión, examinadas las acusaciones enrostradas en los dos cargos, desde diversas perspectivas, no se equivocó el juzgador de segundo grado, dado que el contrato que ató a las partes en contienda fue a término fijo y, por ende, no era procedente el reintegro en los términos solicitados en la demanda inicial».

De lo anterior, diáfano resulta concluir que a la data de terminación del nexo contractual que ató a las partes, la modalidad concernía a término fijo y, de contera, avala la forma de terminación del contrato de trabajo por encontrar sustento en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber, la expiración del plazo fijo pactado en el término definido por el artículo 46 del CST, cuya fecha no se discute en esta instancia judicial.

PRIMA DE VACACIONES CONVENCIONAL – CONNOTACIÓN SALARIAL

Respecto al carácter salarial de la prima de vacaciones y por ende la reliquidación de las prestaciones sociales, que le fueron reconocidos al demandante, bajo el argumento que, desde el contrato de trabajo, las partes celebraron un pacto de exclusión salarial sobre todas aquellas prestaciones extralegales que son reconocidas por el empleador.

Ahora, también debe precisar la Sala que el A Quo concluyó la incidencia salarial de la prima de vacaciones con sustento en el artículo 9º de la Convención Colectiva de Trabajo 1996, regulación que prescribió:

«Artículo 9º. Prima de vacaciones. A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, **que la prima de vacaciones constituye factor salarial.**

Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificaran y se pagaran (...)»

Y tal como lo indicó la parte pasiva en su alzada, en el contrato de trabajo a término fijo celebrado entre las partes, se estableció en su cláusula segunda que *«Cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este Contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales».*

De lo expuesto emana que, sobre la prima de vacaciones existen dos normas vigentes que regulan su alcance salarial de manera disímil, pues mientras la Convención Colectiva de Trabajo, la considera salario, el contrato de trabajo, le resta tal carácter; no obstante, encuentra la Sala que no le asiste razón al recurrente para que su argumento sea próspero. Si bien es cierto que las partes pueden consensuar dentro de la suscripción del contrato de trabajo pagos no constitutivos de salarios de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del C.S.T., estas prerrogativas no pueden superponerse a lo acordado previamente en convenciones, toda vez que, en interpretación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los acuerdos convencionales son ley para las partes. Así se advirtió en sentencia SL378-2018, Radicación No. 64611 del 24 de enero de 2018:

«Si bien esta Corporación ha reiterado que en casación la convención colectiva solo es una prueba, por manera que no procede la inclusión de sus contenidos normativos en la Radicación n.º 64611 14 proposición jurídica, también ha destacado su importancia como fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos. En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes».

Como ya se ha analizado, es palmario que la extensión de los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la *Federación Nacional de Cafeteros de Colombia* respecto del sindicato SINTRAFEC gozan de plena aplicabilidad, por lo que al ser beneficiario el aquí demandante, no puede pretender la demandada que con la suscripción del contrato de trabajo se eliminen prerrogativas que en este especialísimo asunto han venido aplicándose de antaño en los diferentes acuerdos convencionales, como lo es el caso de que la prima extralegal de vacaciones constituya factor salarial, concluyéndose así su incidencia como factor salarial y como no se objetaron los valores calculados por la reliquidación que de ello se derivó habrá de confirmarse la decisión.

PRIMAS EXTRALEGALES SEMESTRALES

El artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1974 dispone:

«PRIMAS SEMESTRALES: Adicional a lo existente, las empresas pagarán a todos los trabajadores, por concepto de primas de servicios, veinte (20) días más del salario en la prima semestral de Junio, quedando en consecuencia así: dos meses de salario (básico, prima de carestía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturnos) en junio y dos meses de salario en diciembre. Dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las Empresas para esta prestación social. Este punto tendrá vigencia a partir del 1º de diciembre de 1974».

Este pago convencional, contrario a lo decidido por la falladora de instancia, se debe acceder al mismo, pues no es necesario realizar mayores disquisiciones para determinar que la misma se circunscribe a cuantificar dos meses de salario en junio y dos en diciembre, precisando que aunque allí se indiquen algunos factores como la prima de carestía, prima de antigüedad, sobre cargos nocturnos, aunque no estén demostrados, ello no es óbice para que al menos se calcule con el salario probado en el proceso y que se soporta en los comprobantes de pago arrimados al plenario, de ahí que, deba revocarse este puntual aspecto de la sentencia.

PRESCRIPCIÓN

Previo a continuar con la resolución de los demás problemas jurídicos propuestos, debe desatarse lo relativo al reclamo de la pasiva encaminado a obtener la declaratoria de la excepción de prescripción por ella formulada en su contestación.

Para tal efecto, los artículos 488 del CST y 151 CPTSS, sobre el término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, indican que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, término que, en este caso, comienza desde que el trabajador dejó de prestar servicios y el empleador supuestamente no le canceló la acreencia, hasta el momento en que posteriormente se la reclama. Además, con arreglo a lo dispuesto en lo pertinente del artículo 94 del CGP, la presentación de la demanda interrumpe la prescripción e impide que ella se produzca, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique el demandado dentro un (1) año siguiente a la notificación del demandante de tales providencias.

Dicha norma adjetiva, resulta aplicable al proceso laboral por remisión normativa que autoriza el artículo 145 del C. P. T. S. S., no obstante, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha dejado bastante claro que debe tenerse en cuenta **si la tardanza en la notificación se causó por negligencia del juzgado o conducta evasiva del demandado**, resulta inaplicable dicha regla, siempre y cuando la parte actora cumpla con sus cargas.

Así se puede colegir de lo considerado en la sentencia SL8716-2014 que sobre el particular trajo a colación lo siguiente:

«(...) Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.

Entre otras, en la sentencia CSJ SL, 12 feb. 2004, rad. 21062, se precisó la posición de la Sala en torno al tema, de la siguiente forma:

Se desestima, entonces, el cargo, sin que ello impida, como lo recuerda el opositor, agregar que con relación a la aplicación del artículo 90 del código de procedimiento civil en sentencia del 18 de febrero de 1998, radicación 10166, esta Sala de la Corte expuso:

«(...) En lo relacionado con la segunda parte del cargo, esto es, la acusación sobre la forma como el ad quem interpretó el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil -que debe asumirse es el del texto original de ese estatuto procesal, atendida la fecha de presentación de la demanda-, en perspectivas de la tardanza en la notificación del auto admisorio de la demanda por morosidad atribuible al juzgado de primera instancia, encuentra la Corte que el juzgador de segundo grado no incurrió en las transgresiones hermenéuticas que se le endilgan, pues a partir de los supuestos fácticos que determinaron su decisión, los cuales no discute el impugnador, el entendimiento que le dio a tales normas atienden su genuino sentido y es armónica con los principios que informan el Derecho del Trabajo.

“En efecto, en sentencias de julio 31 de 1991 (Rad. 4336) y mayo 15 de 1995 (Rad 7343), en los que se analizó un punto de similares características al presente, esta Corporación sentó el criterio que expone el ad quem respecto a los artículos 90 y 91 del código de procedimiento civil, que en lo concerniente a lo aquí discutido conserva semejanza con la reforma que a los mismos introdujo el decreto 2282 de 1989, y que es el siguiente:

«Entre los principios cardinales del proceso, a cuyo imperio han de contribuir por igual en todas sus actuaciones el juez, las partes y sus apoderados se encuentran en primerísimo lugar los de la lealtad, probidad y buena fe que ha de presidir todas las actuaciones judiciales, para cuyo eficaz cumplimiento su observancia, prevención y sanción se impusieron como específico deber al juez (art. 39, núm. 4 C.P.C), y a las partes y a sus apoderados, cual aparece en los artículos 71, numeral (es) 1 y 2, y 74 del C. de P.C.

*«(...) Acorde con tales postulados éticos, recogidos como normas de obligatorio cumplimiento por la legislación positiva, observa esta Sala que **la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del Juzgado o por actividad elusiva del demandado**, ya que repugna al ordenamiento jurídico que el actor que obra con rectitud y satisface las cargas procesales que sobre él pesan tenga, sin embargo, que soportar consecuencias jurídicas desfavorables por conductas reprochables a la incuria de funcionarios judiciales o a maniobras de la parte contraria, que, posteriormente, resultase beneficiada de su propia conducta contraria a derecho.*

“Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que

el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (...) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda».

»(...) Tiene igualmente por sentado esta Corporación, que en el proceso laboral, por aplicación supletiva de las normas contenidas en el C.P.C., ha de incorporarse en lo pertinente, el art. 90 de este Código, pero sin que ello signifique en manera alguna que los principios propios del derecho laboral se vean disminuidos o menguados pues dada su propia naturaleza son de orden público. En efecto, en sentencia de 23 de abril de 1985, expresó lo siguiente: De acuerdo con reciente jurisprudencia de la Sala el artículo 90 del Código de procedimiento Civil es aplicable en materia laboral, con apoyo en el artículo 145 del C. Procesal del Trabajo, pero sin que en los juicios del trabajo sea aplicable el condicionamiento previsto por esa norma procesal civil, en virtud del principio de la gratuidad (C.P.T. art. 39). En materia laboral, en consecuencia, una vez admitida la demanda se considera interrumpida la prescripción desde la fecha en que fue presentada (...)»

«En consecuencia, con fundamento en lo antes transcrito, para la Corporación el Tribunal no incurrió en la errónea interpretación que del artículo 90 del código procesal civil denuncia la censura en el cargo. Como tampoco es dable afirmar que dicho juzgador entendió equivocadamente el artículo 91 ibídem, pues, además, examinado el contenido del auto que decidió en segunda instancia el incidente de nulidad (flos 55 y 60 cuaderno 2), se colige que el mismo ciertamente abarca la notificación del auto admisorio de la demanda, pero por razones no adjudicables al demandante, motivo por el cual ante tal evento también es aplicable el razonamiento jurisprudencial expuesto en las sentencias antes referidas» (negritas fuera de texto).

Por lo anterior, en el plano estrictamente jurídico propio de la vía seleccionada para formular la acusación, el Tribunal no incurrió en algún desatino interpretativo al sostener que «...no puede entonces de manera irresponsable y remitirnos a la literalidad de la norma, declararse que ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, cuando no ha sido por una actitud negligente que al demandado se le haya notificado el auto admisorio de la demanda con posterioridad a los 120 días que exige la norma.»

Ahora bien, aunque la Corte también ha dicho que el demandante tiene que cumplir ciertas cargas procesales precisas, tendientes a lograr la notificación efectiva, para que se puedan aplicar las pautas jurisprudenciales en cita, como el pago de las expensas y velar por la designación de un curador ad litem, (Ver CSL SL, 18 sep. 2012, rad. 40549, CSJ SL, 16 sep. 2008, rad. 31995)».

Ajustando el derrotero doctrinal anteriormente citado al caso bajo estudio, encuentra esta Corporación que, en el presente caso, no obra prueba que la notificación no se haya practicado por causa imputable al demandante, todo lo contrario, se evidencia que la parte actora fue diligente en la realización del trámite de notificación. En efecto, se tiene en primer lugar que la demanda fue radicada el 18 de diciembre de 2018 (fl. 89), se procedió a su inadmisión el 28 de mayo de 2019 (fl. 90), luego admitida mediante auto del 09 de septiembre de 2019, notificado por estado el 10 de septiembre de ese mismo año (fl. 147), y la apoderada de la parte actora allegó la citación para la notificación, con la respectiva constancia de recibido por parte de FEDECAFÉ el 10 de octubre de 2019, esto es un (1) mes después de haberse admitido la demanda (fls. 148-150); luego de eso, se evidencia que la apoderada del actor, aportó el 20 de febrero de 2020 el aviso de notificación a la

accionada, que fuera recibido el 05 de febrero de 2020 y solicitó el emplazamiento (fls. 151-155); el Juzgado mediante auto del 02 de julio de 2020 ordenó emplazar a la demandada (fl. 156); ante lo cual, la federación demandada mediante correo electrónico del 19 de agosto de 2020 a través de su apoderado general, solicitó la notificación personal, envío de la demanda y anexos del proceso a fin de notificarse en los términos del Decreto 806 de 2020 (fl. 157), a lo cual, el juzgado se abstuvo de dar trámite informando que no contaba con la digitalización de los expedientes. Posteriormente, la parte accionante el 16 de febrero de 2021 solicitó nombrar curador ad litem a la demandada, procediendo el juzgado a correr traslado a la accionada el 19 de febrero de 2021, de la demanda, la subsanación y anexos, junto con el auto admisorio, mismo día en el que remitió acta de notificación (fls. 170 a 175) y se dio contestación el 05 de marzo de 2021 (fl. 176).

Conforme a lo anterior, es palmario que, en modo alguno, la tardanza de la demandada en notificarse de la demanda, puede atribuirse a la parte actora, máxime cuando la accionada dentro del año siguiente a la expedición del auto admisorio tenía conocimiento de la demanda, así lo demuestra la comunicación del 19 de agosto de 2020; lo que deja entre ver que la parte actora no fue negligente en ejecutar la carga que se le impone para lograr la notificación a la parte demandada, lo cual genera la inaplicación del artículo 94 del CGP porque cuando se notificó el auto admisorio al extremo demandado, no había transcurrido el año, pues recuérdese que el auto admisorio data del 09 de septiembre de 2019, y la demandada tenía conocimiento del proceso según el citatorio para notificarse personalmente y el aviso, desde el mes de octubre de 2019, lo cual también se corrobora con la comunicación electrónica del mes de agosto de 2020, lo cual pone de presente, incluso, maniobras dilatorias para no notificarse, pues fue la parte demandada la que no cumplió con sus cargas procesales y por ello operó la interrupción de la prescripción en los términos del artículo 94 del CGP.

Así las cosas, descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que al fenecer el vínculo el 28 de febrero de 2018 la parte activa contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que no fue ejecutada sino hasta la interposición de la demanda el 18 de diciembre de 2019, folio 89; motivo por el cual, fenecieron aquellos derechos que se causaron al 18 de diciembre de 2015, tal y como lo estableció la Juez a quo, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Establecido lo anterior, y en lo que refiere a la liquidación de la prima de vacaciones ordenada en primer grado, se tiene que la Convención Colectiva de Trabajo del año 1984, en su artículo 10 contempló la forma de liquidarse:

«A partir de la firma de la presente Convención, la Prima de Vacaciones tendrá las siguientes escalas:

- Para el primer periodo el 50% de la remuneración integral mensual.*
- Para el segundo periodo el 70% de la remuneración integral mensual.*
- Para el tercer periodo el 95% de la remuneración integral mensual.*
- Para el cuarto periodo el 115% de la remuneración integral mensual.*
- Del quinto al décimo periodo el 130% de la remuneración integral mensual.*
- Del decimoprimer al decimoquinto periodo el 135% de la remuneración integral mensual.*
- Del decimosexto en adelante, el 140% de la remuneración integral mensual.*

La Prima de Vacaciones se podrá compensar en tiempo hasta por un periodo de un año».

Como lo sostuvo la falladora de instancia, atendiendo el fenómeno prescriptivo, se reconocerán las causadas con anterioridad a los tres años desde la presentación de la demanda, es decir, desde el 18 de diciembre de 2015 y en adelante, dejándose de presente, que las del año 2017 y 2018 se cancelaron en la liquidación final de prestaciones sociales el 28 de febrero de 2018 (Fl. 88).

Se aclara entonces, que no existió objeción del monto calculado por la *A-quo*, por lo que la Sala no entrará a realizar análisis alguno por estos valores.

La inconformidad por parte de la demandada respecto de esta prima extralegal, se sustenta en el hecho que se tomó de manera pura y simple el valor que se debió liquidar para los años 2015 y 2016, precisando que desde el mes de abril de 2017 se le reconoció y canceló al actor la totalidad de acreencias laborales conforme al régimen convencional aplicable a los afiliados a SINTRAFEC, de ahí que este emolumento se cause al momento en que se disfruten efectivamente las vacaciones, es decir que no se causan año cumplido – año pagado, sino una vez la persona decida disfrutar del periodo de vacaciones causado, y es en ese preciso momento en que se cancela esa prima de vacaciones, por lo que parte de las vacaciones causadas en los años 2015 y 2016 que se ordenaron pagar en Primera Instancia, concluyendo así el apelante, que fueron pagadas con posterioridad a la afiliación en abril de 2017, y por consiguiente, esos valores deben ser excluidos de condena, pues de no hacerse se estaría incurriendo en un doble pago.

Al punto, de entrada encuentra la Sala de Decisión, que no le asiste razón a la recurrente, como quiera que, si bien es cierto que las vacaciones en materia laboral se deben señalar por el empleador dentro del año siguiente y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador según disposición del artículo 187 del C.S.T., este escenario no se demostró dentro del presente asunto, puesto que lo único que obra en el plenario, es que siempre se cancelaron a la finalización del año laborado, por lo que no puede estimarse que las primas extralegales de vacaciones de los años 2015 y 2016 se hubiesen cancelado para los años 2016 y 2017 respectivamente, máxime si no existió ninguna constancia que las partes hayan acordado que las vacaciones se hubiesen disfrutado dentro del año siguiente.

En gracia de discusión que se aceptara tal pago, existiría una mora en la cancelación de la prima extralegal de vacaciones para los años 2016 y 2017, en tanto, se entendería que dichas anualidades no fueron sufragadas por la encartada; circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado se confirmará por este aspecto.

Frente al tema de los salarios para calcular las primas, encuentra la Sala que se aportaron al plenario los comprobantes de pago de las nóminas mensuales tanto por la actora como por la entidad accionada (fls. 50 a 85). Allí se refleja el salario básico que percibía la demandante entre los años 2015 y 2018, de igual modo, vale precisar que tales comprobantes también fueron aportados por la accionada con la contestación de la demanda (CD fl. 192). Así pues, tal y como se mencionó en precedencia, el artículo 29 de la CCT de 1974 estipula que la prima extra legal de servicios corresponde a *«dos meses de salario (básico, prima de carestía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturno) en junio y dos meses de salario en diciembre»*, revisadas las condenas se evidencia que para efectuar su liquidación en el caso de marras corresponde únicamente al salario básico, el cual se multiplica por dos (2) y arroja como valor de las correspondientes primas extralegales de servicios, por el mes de diciembre del año 2015, la suma de \$1.756.734 (\$878.367 x 2) y para el año 2016 la suma de \$3.759.412 (\$939.853 x 4). Por tal razón, habrán de adicionarse la decisión para impartir condena por este concepto.

Así las cosas, al haberse resuelto las inconformidades presentadas por los apelantes, se agota la competencia de este Tribunal, motivo por el cual se adicionará la decisión de primer grado, conforme a lo expuesto. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

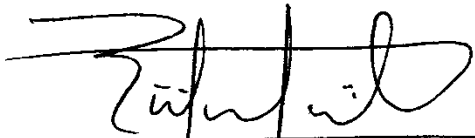
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada, además de los conceptos allí relacionados, la suma de \$5.516.146 por concepto de primas extralegales semestrales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

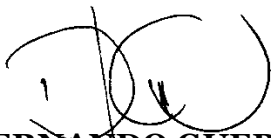
SEGUNDO: CONFIRMASE en lo demás la decisión. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

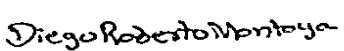
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL**
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de JULIO CÉSAR GONZÁLEZ RANGEL contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Rad. 110013105-021-2020-00125-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 07 de diciembre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor JULIO CÉSAR GONZÁLEZ RANGEL promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al reconocimiento y pago de la pensión sanción de manera indexada y con el respectivo retroactivo a partir del once (11) de abril de 2018, fecha en la que cumplió los 60 años; la indemnización por mora consagrada en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, la cancelación de la primera mesada pensional indexada a partir del 15 de septiembre de 1991 fecha de la desvinculación de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, junto con las mesadas ordinarias y adicionales. Finalmente, solicitó se condene a lo ultra y extra petita, a la indexación de todos los valores de la condena, más costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, indicó que cuenta con 61 años y laboró en FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA entre el 28 de julio de 1980 y el 15 de septiembre de 1991, fecha en la que finalizó la relación laboral por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, siendo su último salario devengado, la suma de \$89.328. Manifestó que en el año 1999, solicitó ante el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – SUBDIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES, el reconocimiento de la pensión sanción, la cual con fue reconocida mediante Resolución No.SPS-000379 de mayo 12 de 1999, estableciéndose que se había optado por tal reconocimiento una vez cumpliera con el requisito de edad exigidos por las normas legales vigentes, esto es, al cumplimiento de los sesenta (60) años. Informó que, mediante Resolución No. 1036 del 18 de marzo de 2014, el Ministerio de Defensa Nacional, reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación en su favor, en una cuantía de \$ 1.156.421 a partir del 03 de febrero de 2014. Conforme a lo anterior, asevera que la demandada mediante Resolución No.0008 del 14 de enero de 2019, decidió negar la pensión sanción amparándose en la normativa dispuesta en el artículo 13, literal j de la ley 100 de 1993 que atañe la incompatibilidad pensional, decisión que fue confirmada mediante Resolución No. 00910 del 02 de mayo de 2019 (Exp. Digital: «01. EXPEDIENTE 2020-125.pdf». Págs. 04 a 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando para tal efecto, que existe un reconocimiento pensional previo a favor del actor otorgado por el Ministerio de Defensa, mediante la Resolución No. 1036 del 18 de marzo de 2014, advirtiendo así, la imposibilidad de recibir dos ingresos del tesoro público, con cual se configura la incompatibilidad pensional consagrada en artículo 13 de la ley 100 de 1993, aunado a lo preceptuado en el artículo 128 de la Constitución Política. Respecto a la indemnización por mora prevista en el artículo 8º de la ley 10 de 1972 indicó que dicha indemnización se encuentra cancelada. Agregó que, la extinta FERROCARRILES DE COLOMBIA entró en proceso de liquidación mediante el Decreto 1586 de 1989 y con ocasión al proceso de liquidación se suprimió el cargo donde fungía como trabajador oficial con soporte en los Decretos Ley 895 de 3 de abril de 1991 y 1651 del mismo año, afirmó que el despido del demandante obedece a una causa jurídicamente legal y que, aun cuando se suprimió el cargo se le ofreció la indemnización dentro del proceso concursal de liquidación. Manifestó que el Decreto 2743 de 2010 otorgó la posibilidad de computar

tiempos de servicio entre entidades, circunstancia que se evidencia mediante la solicitud de una certificación laboral para la emisión de un bono pensional que realizara el demandante y aportada por la jefe de la División de Prestaciones Económicas de FERROCARRILES DE COLOMBIA y que hace referencia al concepto de bono pensional Tipo (T) , el cual se expide para cubrir el diferencial existente y así conformar el capital necesario para financiar la pensión del afiliado al Sistema General de Pensiones. Como excepciones de fondo, propuso las de «Inexistencia de las obligaciones reclamadas», «buena fe del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y cobro de lo no debido» y «Excepciones genéricas» (fls. 90 a 99).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 07 de diciembre de 2021, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., condenó a la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** al pago de la pensión sanción a favor del demandante, a partir del 11 de abril de 2018 en cuantía del SMLMV, con el retroactivo debidamente indexado al momento del pago. Autorizó a FERROCARRILES NACIONALES a descontar del retroactivo los aportes al sistema de salud. Negó el pago de intereses moratorios y condenó en costas a la accionada.

Para arribar a esta decisión, mencionó que en el caso en concreto, no era objeto de discusión que el demandante nació el 11 de abril de 1958, que laboró para el extinto FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA desde el 28 de julio de 1980 hasta el 15 de septiembre de 1991 en calidad de trabajador oficial, y que el contrato se culminó por supresión del cargo con derecho a indemnización. Señaló además, que no existe controversia frente a la Resolución 1036 del 18 de marzo de 2014, mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional reconoció al demandante una pensión mensual de jubilación por los tiempos laborados para dicha entidad desde el primero de noviembre de 1993 hasta el 3 de febrero del 2014. Respecto a los requisitos para acceder a la pensión sanción, consideró que el demandante cumple con los requisitos fácticos contemplados en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, en la medida que acreditó más de 10 años y menos de 15 años de servicio continuos para la citada entidad; con relación al requisito objeto de controversia, esto es, sobre la terminación del vínculo sin justa causa, señaló que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido unánime al indicar que si bien la supresión de cargos es una causa legal, no significa que sea una justa causa de despido. En ese sentido indicó que, el Alto Tribunal, en jurisprudencia,

reiterada y pacífica, ha estimado que el despido de un trabajador ocasionado por la supresión del cargo derivada de procesos de reestructuración del Estado corresponde a un despido legal mas no justo y por ende, el empleador o quien haya asumido los pasivos de este debe responder por las indemnizaciones o prestaciones a que haya lugar, entre éstas, la pensión sanción. En tal medida, encontró acreditados los requisitos para configurar el derecho pensional reclamado, a partir del momento en que el demandante acreditó los 60 años, en la medida en que la edad no es un requisito de causación, pero lo es para el disfrute, por ende, el derecho reconocido deberá ser pagado a partir del 11 de noviembre del 2018, data en que el actor cumplió los 60 años.

Respecto a la incompatibilidad pensional señaló que la prestación pensional que viene percibiendo el actor por parte del Ministerio de Defensa Nacional, tiene el fin de cubrir el riesgo de vejez, para lo cual únicamente se tuvo en cuenta los tiempos laborados por el accionante a dicha entidad, esto es, desde el 1 de noviembre de 1993 hasta el 3 de febrero de 2014, tal como lo indicó el Ministerio de Defensa, precisando que no existe documento alguno que vincule la prestación del demandante con Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por lo que para el reconocimiento de la pensión de jubilación sólo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados en el sector defensa. Indicó, además, que ambas pensiones tienen una fuente de financiación distinta, con recursos que provienen de fuentes diferentes y se regulan por disposiciones normativas propias y, en general, muestran que pueden coexistir sin afectar los principios básicos de la Seguridad Social, concluyendo así, que esa prestación es compatible con la pensión de jubilación que actualmente percibe el actor por parte del Ministerio de Defensa.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** presentó recurso de apelación argumentando que en el presente caso se configura una doble asignación pensional de forma simultánea proveniente del Tesoro Público. Asevera que, para la entidad es evidente que se constituye una doble asignación el hecho de tener un reconocimiento pensional por parte del Ministerio de Defensa y, a su vez, al reconocimiento por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, arguyó que las dos entidades pertenecen al orden nacional y cuyo funcionamiento de bienes y recursos provienen del mismo erario, asignación que no estaría permitida en el orden Constitucional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado de la parte demandante presentó alegatos en similares términos a los expuestos en la demanda. El extremo accionado guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho a la pensión sanción en los términos solicitados en la demanda y si la mencionada prestación pensional es compatible con la pensión de jubilación que actualmente percibe el actor por parte del Ministerio de Defensa.

CONSIDERACIONES

En el presente caso, no existe controversia alguna frente a la relación laboral que existió entre la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el señor JULIO CÉSAR GONZÁLEZ RANGEL desde el 28 de julio de 1980 hasta el 15 de septiembre de 1991, esto es, 10 años, 11 meses, 15 días, conforme a la certificación laboral que expidió Ferrocarriles Nacionales (Exp. Digital: «01. Expediente 2020-125». Pág.13); así como el hecho de que le fue otorgada Pensión Mensual de Jubilación por parte del Ministerio de Defensa, mediante Resolución No. 1036 del 18 de marzo de 2014, por haber ejercido el cargo de Auxiliar de Servicios Grado 12 de la Fuerza Aérea Colombiana desde el 01 de noviembre de 1993 hasta el 03 de febrero de 2014, esto es, 20 años, 6 meses y 13 días, en cuantía igual a \$1.541.895, a partir del 03 de febrero de 2014. Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1214 de 1990 (Exp. Digital: 01. «Expediente 2020-125» págs. 198 - 200).

De otro lado, se tiene que la entidad demandada, si bien en un principio había reconocido la pensión sanción mediante comunicación SP 00379 del 12 de mayo de 1999 y Resolución 3205 del 06 de diciembre de 1996 y una vez el demandante cumpliera con requisito de la edad, esto es, 60 años, no obstante, una vez llegó a tal edad, la accionada mediante Resolución No. 0008 del 14 de enero de 2019, negó el reconocimiento pensional argumentando que se configuró la incompatibilidad pensional establecida en el literal (j) del artículo 13 de la 100 de 1993, aunado a lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia (Exp. Digital: «01. Expediente 2020-125» págs. 14 a 15; 17 a 21). Aunado a lo anterior, sostiene la encartada en el presente trámite, que el actor no cumple con los requisitos para

acceder a la pensión sanción dado que el despido efectuado por la entidad se hizo con una causa legal jurídicamente válida, cumpliendo con la debida indemnización (Exp. Digital: «01. Expediente 2020-125». Págs. fls. 90 a 99; 116; 118 a 119).

COMPATIBILIDAD PENSIONAL

Sea lo primero indicar, que el artículo 128 de la Constitución Política establece que «[n]adie podrá (...) recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley». En este sentido, el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 establece:

*«Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. **Exceptuánse las siguientes asignaciones:***

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;***
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados (...).*».

En lo que refiere a las erogaciones pensionales, con la expedición del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se planteó como regla general la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia. De conformidad con el artículo 279 de Ley citada normativa, se permitió la subsistencia de los regímenes exceptuados aplicables a los miembros de las fuerzas militares, de la policía nacional y del personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990 vinculado con antelación a la vigencia del actual estatuto de pensiones, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los servidores públicos de Ecopetrol y sus pensionados, quienes por ende, mantuvieron sus propias reglas en esta materia. En este sentido, se trata de regímenes anteriores al nuevo sistema general en pensiones, que por excepción del legislador sobrevivieron inicialmente a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En este aparte, conviene rememorar lo dicho en sentencia CSJ SL536-2018, donde la Sala de Casación Laboral se refirió a la estructura pensional anterior al actual sistema, para dar cuenta de la finalidad de universalidad de la Ley 100 de 1993:

*«En efecto, **la regla general del actual sistema es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, por razón de la solidaridad, y porque además, se prevé la acumulación de las cotizaciones indistintamente de su procedencia, las cuales van a servir para aumentar el valor de la base de liquidación, y aunque ello no siempre ha acontecido de la misma manera, pues décadas antes primaba una estructura de acumulación de tiempo, que se cargaba a cajas de previsión, o a las propias entidades territoriales y no siempre se requería de aportes.** En ellos era preeminente la idea de empleo como único vehículo de acceso a la protección social; el tratamiento diferenciado se justificaba en la propia evolución de la legislación social, pues recuérdese que antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, existían una multiplicidad de regímenes dispersos, que había iniciado más de un siglo atrás, con las primeras reglas sobre los montepíos familiares, en los que únicamente se aseguraba el riesgo de la muerte, para luego ampliarse también al de invalidez y vejez en los eventos de los servicios civiles y de quienes fuesen educadores»* (subrayas y negrillas fuera del texto original).

De otra parte, el Alto Tribunal en sentencia CSJ SL2599-2021, explicó que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política recae sobre prestaciones provenientes del tesoro público, esto es, la nación, las entidades territoriales y descentralizadas cuando se pagan con cargo a tales recursos, como acontece con las pensiones de jubilación en cabeza de una entidad descentralizada, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal. En esa misma decisión, se expuso, además, que la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución resulta más clara en casos en que para ambas prestaciones concurren simultáneamente tiempos de servicio público, que por el régimen jurídico aplicable no son objeto de compartibilidad.

Finalmente, se estima a efectos de determinar la compatibilidad entre la Pensión Mensual de Jubilación por parte del Ministerio de Defensa y la aquí reclamada, con base a lo dispuesto en la Ley el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que debe mencionarse igualmente, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en distintos pronunciamientos ha señalado en términos generales los parámetros para determinar la compatibilidad y/o compartibilidad entre las pensiones, tales como las sentencias CSJ SL 3153-2014, CSJ SL9282-2014, CSJ SL10250-2014, CSJ SL17433-2014, CSJ SL17447-2014, CSJ SL 2096-2015, CSJ SL12155 de 2015, CSJ SL18072-2016, CSJ SL1764-2018, CSJ SL1244-2019, entre muchas otras, reiterado recientemente en la sentencia CSJ SL3111-2019, donde se señaló:

«(...) En las citadas providencias, los derroteros de la Sala para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes: (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación (...).»

En este orden de ideas, como conclusión preliminar se tiene que en principio, las prestaciones pensionales y/o asignaciones que provengan del erario, resultan incompatibles, salvo las excepciones consagradas en la misma ley; por lo que con base en los parámetros legales y jurisprudenciales, se procede al estudio del caso en concreto, donde, como ya se precisó, el demandante se encuentra pensionado por parte del Ministerio de Defensa por haber prestado sus servicios a la Fuerza Aérea Colombiana por espacio de veinte (20) años, seis (06) meses y trece (13) días, entre el 01 de noviembre de 1993 y el 03 de febrero de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1.990, ello por hacer parte del régimen exceptuado Fuerza Pública.

Establecido lo anterior, es menester verificar la naturaleza jurídica respecto de la entidad donde se prestó el servicio con el cual se pretende configurar la pensión restringida de jubilación, esto es, la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad que fue creada mediante el Decreto 3129 de 1954, la cual, según sus estatutos, se estableció como *«una persona jurídica de derecho privado, con capital o patrimonio autónomo, cuyo **personal** se regirá por las normas legales relativas a los trabajadores particulares»*, posteriormente, mediante Decreto 1242 de 1970 modificó la naturaleza jurídica de la entidad, a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Obras públicas, en cuanto a su personal se estableció en el artículo 27 que *«todas las personas que trabajen al servicio de la Empresa, con excepción del Gerente General, son **trabajadores oficiales** vinculados a ella por contratos de trabajo»*. Finalmente, el Decreto 1586 de 1989 ordenó la liquidación de la empresa y mediante Decreto 1591 de 1989 se creó el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de obras Públicas y Transporte, creado con el objeto de *«Manejar las cuentas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el inciso 1º del artículo 7º de la Ley 21 de 1988 y Organizar y administrar las prestaciones asistenciales a que tengan derecho los empleados y los pensionados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación»*.

En ese orden, en principio resultaría incompatible la prestación que se otorgue por parte del Fondo en cita, dado que la prestación pensional estaría financiada con fondos del Tesoro Público, no obstante, como se precisó en las consideraciones y doctrina precedente, esta prestación confrontada con la que disfruta el demandante

por parte del Estado en virtud del régimen exceptuado, goza *de una reglamentación propia excluyente* y que se compagina con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 en armonía con el artículo 128 Superior, donde se establece taxativamente como excepción al régimen prohibitivo de doble erogación pública, las asignaciones «*percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública*», caso en el cual se enmarca la pensión que recibe el demandante a cargo del Ministerio de Defensa Nacional como ex miembro de la fuerza pública, que desde luego, no corresponde a tiempos de servicios prestados de manera concomitante. Con lo cual se abre paso la compatibilidad declarada por la a quo, pero por las precisas razones aquí expuestas y, con ello, se pasa a verificar si el actor cumple con los requisitos para hacerse acreedor a la pensión restringida de jubilación.

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN.

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961, estableció pensiones proporcionales de jubilación derivadas de tres situaciones distintas, conforme lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, a saber:

- (i) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad,
- (ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y
- (iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que una vez cumplidos los requisitos anteriormente citados, se causa el derecho a la pensión de jubilación proporcional, quiere decir ello que es a la fecha del despido sin justa causa o a la fecha del retiro voluntario, ya cumplido el tiempo de servicios exigido que se causa el derecho, puesto que **el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad**, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho².

¹ Sentencia 37312 del 3 de febrero de 2010.

² Sentencia 51859 del 26 de noviembre de 2014.

Ahora bien, para no entrar en mayores disquisiciones, esta Sala de Decisión, considera pertinente definir en primer término, si tal y como lo reclama la parte demandada, se configura la incompatibilidad entre la pensión restringida de jubilación que reclama el demandante y la pensión de jubilación otorgada por el Ministerio de Defensa. A este respecto, basta decir, que la jurisprudencia laboral, aborda la compatibilidad pensional entre la pensión de jubilación y la pensión sanción derivada de la garantía constitucional de la *estabilidad laboral*:

*«Desde luego, las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con la expedición del citado acuerdo, fueron aquellas instituidas precisamente para cubrir el riesgo de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios y por ello le impedía acceder a la pensión de jubilación. Esas pensiones especiales, que no quedaron comprendidas por la vigencia del acuerdo mencionado, eran las que consagraba el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en sus dos modalidades, la conocida como **pensión sanción**, derivada fundamentalmente del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15, o con más de éste último número y menos de 20 -**lo cual solamente incidía para la edad del disfrute**-, y la pensión por retiro voluntario, dispuesta para quienes después de 15 años de servicios y menos de 20 hubieran hecho dejación voluntaria de su empleo».* [CSJ del 12 de febrero de 2007, radicación 28733].

Tesis que, además, se ha venido reiterando por la Alta Corporación, entre otras muchas, en la SLSL622-2019 del 27 de febrero de 2019, donde además se advierte que el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 no derogó el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, respecto de la pensión restringida de los trabajadores oficiales.

Con base en los parámetros legales y jurisprudenciales, se procede al estudio del caso en concreto:

Como ya se verificó, dada la naturaleza jurídica del fondo demandado, el demandante tuvo la calidad de trabajador oficial y en esa condición el tiempo de servicios le permite beneficiarse de las premisas legales del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues laboró al servicio de la extinta Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia del 28 de julio de 1980 hasta el 16 de septiembre de 1991 (Exp. Digital: «01. Expediente 2020-125» Pág. 145), que corresponde 10 años, 11 meses y 15 días, tiempo con el que cumple uno de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación proporcional.

De otro lado, la causa que alegó el empleador, en la que dio por terminado el contrato de trabajo del actor obedeció a la supresión del cargo (Exp. Digital: «01. Expediente 2020-125» pág. 145), que se constituye en una causa legal, pero no constituye una

justa causa de despido de conformidad con el literal f) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, tal como lo tiene definido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en casos análogos ha determinado que la disolución y liquidación de una empresa «...constituye un despido legal pero injusto, que necesariamente debe ser objeto de reparación, a través de la indemnización correspondiente; pues pese a estar autorizado legalmente, derivado de un proceso de liquidación de la entidad, es evidente que esa circunstancia no se encuentra erigida como una justa causa de despido...»³, en jurisprudencia más reciente, establece que «...la terminación del contrato de trabajo por la causa indicada corresponde un despido legal pero no constituye una justa causa. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha expuesto que no es dable equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa, para lo cual ha dicho que cuando se hace referencia al finiquito sin causa justa, no se excluye al que opera por decisión unilateral del empleador por autorización legal [...] En ese sentido, la Sala en jurisprudencia reiterada y pacífica ha estimado que el despido de un trabajador ocasionado por la supresión del cargo derivada de procesos de restructuración del Estado, corresponde a un despido legal más no justo y, por ende, el empleador o quien haya asumido los pasivos de este, debe responder por las indemnizaciones o prestaciones a que haya lugar, entre estas, la pensión sanción...» (CSJ SL1093-2019).

De conformidad con lo anterior, se concluye que el actor se ubicó en la hipótesis primera del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues acredita cumplidos más de 10 años y menos de 15 y su despido fue sin justa causa, así las cosas, se concluye que le asiste derecho a la pensión de jubilación restringida de jubilación a partir del 11 de abril de 2018, pues en esa fecha cumplió 60 años (Exp. Digital: «01. Expediente 2020-125» pág. 12), adicionalmente, y como se expuso con antelación, el cumplimiento de la edad es solo una condición para la exigibilidad del derecho, precisando que esta pensión en todo caso, es de carácter compartible en los términos del Acuerdo 029 de 1985, por lo que en caso de que se le llegare a reconocer una pensión de carácter legal del régimen general de pensiones, a la entidad demandada sólo le corresponderá asumir el mayor valor que se genere entre las dos pensiones.

VALOR DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961 establece que la cuantía de la mesada pensional será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador con la pensión plena de jubilación, y se liquidará con base

³ Sentencia 41370 del 30 de agosto de 2012, en la que se citó la sentencia 43557 del 21 de marzo de 2012, la que, a su vez, rememoró la 36458 de 2009

en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. No obstante, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, en ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, precisándose, que este fue el monto reconocido en la sentencia de primera instancia, aspecto que no fue apelada por las partes, de tal modo que se confirmará la sentencia de primer grado en este sentido.

En cuanto a la excepción de prescripción, esta no se configuró de conformidad con los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS, toda vez que la prestación se hizo exigible el 11 de abril de 2018 y el demandante presentó la reclamación administrativa el 04 de septiembre de 2018 (Exp. Digital: «01. Expediente 2020-125» pág. 264), la demanda fue presentada el 09 de marzo de 2020 (Exp. Digital: «01. Expediente 2020-125» pág. 26), con lo cual no se alcanzó a configurar dicho medio exceptivo. A su vez, se determina que se deben 14 mesadas al año, pues al no ser la edad un requisito para la configuración del derecho sino de su disfrute, el mismo se causó desde 1991, es decir, desde antes que entrara en vigencia el acto legislativo 01 de 2005. Así mismo, se confirma la orden de realizar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, se advierte que la juez a quo no cuantificó el retroactivo, por cual se procede a ello, y realizada la operación aritmética por el periodo comprendido entre el 11 de abril de 2018 y el 31 de marzo de la presente anualidad arroja la suma de \$46.344.348,46 suma que deberá indexarse al momento del pago, sin perjuicio del que se siga causando en lo sucesivo.

AÑO	Mesada	No. MESADAS	TOTAL
2.018	781.242,00	8,63	6.742.118,46
2.019	828.116,00	14	11.593.624,00
2.020	877.803,00	14	12.289.242,00
2.021	908.526,00	14	12.719.364,00
2.022	1.000.000,00	3	3.000.000,00
TOTAL, RETROACTIVO			46.344.348,46

En consecuencia, se adicionará el ordinal 2º de la sentencia de primer grado, para en su lugar, fijar el valor del retroactivo por los periodos antes dichos. Así se decidirá, sin costas en la instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

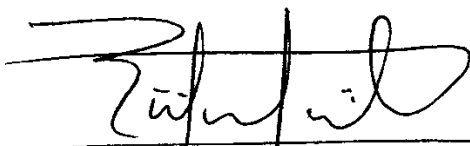
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional en la suma de \$46.344.348,46, calculado desde el 11 de abril de 2018 hasta el 31 de marzo de 2022, sin perjuicio del que se cause en sucesivo. Todo lo anterior, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión. Sin costas en la instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

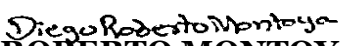
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SARA PATRICIA RIVERA CASTRO contra COLPENSIONES y OTROS. Rad. 110013105-021-2020-00477-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, así como revisará la decisión proferida en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **SARA PATRICIA RIVERA CASTRO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS realizado a la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. en agosto del año 2000 por existir un vicio en el consentimiento, y a su vez, una omisión al deber legal de informar todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, además, se condene a COLFONDOS y a COLPENSIONES, a tramitar de manera inmediata su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD administrado por COLPENSIONES, con todos los valores de su cuenta de Ahorro Individual, correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez. Finalmente se condene a las demandadas, a lo que ultra y extra petita resulte probado dentro del proceso, así como al pago de costas y agencias en Derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el 06 de noviembre de 1966, indicó que a partir del 08 de febrero de 1991 cotizó al Instituto de los Seguros Sociales- ISS hoy COLPENSIONES, un total de 36 semanas, manifestó que a partir del 01 de septiembre de 2000 se hizo efectivo su traslado de régimen pensional a la AFP COLFONDOS, como consecuencia de la suscripción del formulario solicitud de vinculación, pues según le indicaron previamente, continuar afiliada al ISS no era muy recomendable, sin embargo, nunca informaron las consecuencias negativas del traslado ni las características del RAIS y del RPM. Explicó que teniendo información y asesoría parcializada, suministrada por parte del funcionario de COLFONDOS decidió trasladarse en el mes de agosto de 2000 del ISS a COLFONDOS, precisó que el 18 de septiembre de 2020, a través de apoderado solicitó a la AFP COLFONDOS documentos que soportan su traslado, a lo cual obtuvo respuesta el 02 de octubre de 2020, donde le fue remitido copia del formulario de traslado de agosto de 2000 y le afirmaron que no contaban con el archivo físico de la asesoría efectuada. Explicó que con posterioridad al traslado de régimen inicial de agosto de 2000, efectuó traslados entre administradoras del RAIS, en principio, el 01 de abril de 2005, de la AFP COLFONDOS a la AFP SKANDIA, posteriormente, en junio de 2006 de la AFP SKANDIA a la AFP COLFONDOS S.A. sin contemplar la opción de regresar al ISS, de tal manera, a través de apoderado, mediante reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitó nulidad de su afiliación a la AFP COLFONDOS, a lo que obtuvo respuesta negativa. Por último, señaló que se encuentra vinculada como funcionaria pública de carrera administrativa en el Departamento Nacional de Planeación -DNP, contando a corte 02 de octubre de 2020 según detalle de días cotizados emanado de la AFP COLFONDOS con 1.036 semanas y una edad de 54 años (Exp. Digital. «01DemandayAnexos». Págs. 05 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP SKANDIA** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el 01 de abril de 2005, la señora SARA PATRICIA RIVERA CASTRO suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por SKANDIA S.A. como traslado de la AFP COLFONDOS, afiliación que se hizo efectiva el 01 de junio de 2005 y estuvo vigente hasta el 31 de mayo de 2006, expuso que previo a que suscribiera formulario de vinculación se le brindó la información con relación a las características del régimen al cual se encuentra afiliada, actuando con estricta sujeción a la ley, sin incurrir en conductas negligentes o poco transparentes, pues el traslado, se dio como traslado de AFP y no de régimen, el cual cumplió con todos los requisitos de validez. Agregó que la demandante venía de estar afiliada en COLFONDOS y por ende ya tenía un

conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional salvo la rentabilidad, toda vez que entre administradoras del mismo régimen se manejan rentabilidades variadas, del mismo modo, afirmó que, de acuerdo con la ley, la selección de régimen del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte de la afiliada, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad la señora SARA PATRICIA RIVERA CASTRO aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Propuso como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado», «prescripción de la historia laboral», «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» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 08ContestaciónDemandaSkandia. Págs. 3 a 20).

A su vez, La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error faltando al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, explicó que no se evidenció dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, manifestó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; de la misma forma, agregó que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no procediendo tampoco el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción de la acción laboral», «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 e «innominada o genérica» (Expediente Digital: «09ContestaciónDemandaColpensiones ». Págs. 3 a 45.).

Por su parte, la **AFP COLFONDOS** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la entidad cumplió con sus deberes de información al momento de darse el traslado efectuado a su AFP, brindando a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, agregó que no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «Prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado» y «compensación y pago» (Exp. Digital: 012ContestacionDemandaColfondos. Págs. 4 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 01 de diciembre de 2021 declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora SARA PATRICIA RIVERA CASTRO al RAIS el 28 de agosto de 2000, con fecha de efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año por intermedio de COLFONDOS SA, quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A en el año 2005, así como el retorno efectuado a COLFONDOS S.A. efectuado en el año 2006; y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD, administrado por COLPENSIONES, condenó a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, y a esta a recibirlos, a activar la afiliación de la actora en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES y condenó en costas a la AFP COLFONDOS S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las afiliaciones libres y voluntarias deben tener conocimiento previo de las consecuencias que conllevan dichos traslados; que las AFPS deben ser claras al momento de dar la información sobre el cambio de régimen y que dicha información que le brinden a los afiliados o futuros afiliados deber ser clara, completa y comprensible, en el mismo sentido, que los actos jurídicos de cambios de regímenes deben estar precedidos de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales como los riesgos y consecuencias de los traslados y además de ello que estos traslados deben hacerse de forma libre y sin presión alguna. Explicó que las AFP tienen la obligación de brindar un buen consejo sin perjudicar al afiliado al momento de escoger el régimen pensional al cual desea trasladarse y que la información que cada una de ellas brinde tiene que ser completa, comprensible, veraz y suficiente y debe además de ello brindar toda la información que resulte relevante, lo que incluye un parangón de características entre los regímenes para tomar las decisiones y que la información debió darse en los términos indicados de forma objetiva y transparente a los usuarios pues solo de esa forma se dio un juicio claro y objetivo de las mejores opciones de regímenes pensionales; mencionó que se advirtió que la omisión del deber de información no solo se produjo en lo que se afirmó sino también al momento de guardar silencio lo que produjo que la decisión de traslado se tomara sin el pleno conocimiento ni lo que ello implicó. Añadió que ante una negación indefinida como es el hecho de no haber recibido la información indicada, se traslada a las AFP, deber que consideró en el caso concreto no se podía acreditar con las pruebas aportadas al proceso, sin que el formulario de afiliación sea suficiente para tal efecto, pues conforme a la jurisprudencia de la corte éste acredita un consentimiento, pero no informado. De tal modo que había lugar a declarar la ineficacia del traslado inicial, sin que sea necesario que la actora sea beneficiaria del régimen de transición.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **COLFONDOS S.A.** interpuso el recurso de apelación parcialmente en cuanto a los gastos de administración indexados, teniendo en cuenta que estos se descontaron en virtud de la Ley 100 de 1993 en su art. 20, agregó que en el libelo gestor no fue solicitada la indexación ni los gastos de administración, no obstante, la juez hizo uso de sus facultades ultra y extra petita y al no ser objeto de debate probatorio la indexación se vulnera los derechos a Colfondos, asimismo, indicó que no se puede desconocer que la demandante estuvo cubierta para unos riesgos de los cuales se benefició, así como de los rendimientos, desconociendo las

restituciones mutuas, así entonces solicitó se revoque la condena impuesto y subsidiariamente no ordene la indexación teniendo en cuenta que la misma no fue objeto de debate.

La apoderada judicial de **SKANDIA S.A.** interpuso el recurso de alzada en cuanto a la decisión proferida por la primera instancia, específicamente en lo concerniente al numeral tres de la decisión, relativo a los gastos de administración, toda vez que de la normatividad aplicable al caso concreto estimó que no existe sustento legal para ordenar trasladar al RPMPD el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, concluyendo que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración dado que se destina una parte a pagar las pólizas para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte para pagar los gastos de administración, por lo que no se encuentran en las arcas del fondo pensional.

De la misma manera, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la sentencia, indicando para tal efecto que lo que evidenció fue que la demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones y de conformidad con lo que establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal B. Respecto de la carga de la prueba, indicó resultar desproporcional colocarla en COLPENSIONES teniendo en cuenta que es la más afectada en lo atinente a las sostenibilidad del sistema pensional. Añadió que en el deber de información la CSJ SL, mencionó el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015 por los fondos privados que cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones e informado por cuanto las leyes que surgieron entre los años 1993 y 2014 no exigen nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al RAIS, siendo el caso de la parte actora la cual suscribió el formulario y realizó el traslado para el año 2000. Adujo que no se trata de aplicar de forma directa las decisiones de la máxima autoridad como lo es la CSJ sino que se debe analizar si la presunta falta de información produce un efecto o adverso como lo es perder el régimen de transición personal; pero que el afiliado no puede trasladarse de régimen por no hallarse de acuerdo con su mesada pensional, que es el caso de la accionante, donde encuentra oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido, al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro que este último escenario no es el objeto de alcance ni protección de las decisiones de la CSJ, toda vez que tal

proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se rige todo el sistema general de la seguridad social, como es la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional. Además, explicó que debió tenerse en cuenta, que una persona que no ha estado afiliada por más de 20 años en el RPMPD, pretenda que ahora el régimen sea solidario y quiera beneficiarse de aportes que no ha realizado porque eso pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo. Finalmente, solicitó de manera subsidiaria que en caso de no acogerse a los argumentos expuestos, y se confirme la providencia objeto de alzada, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro individual de la demandante como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y a los demás a los que hubiere lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado la demandante a la AFP como quiera que no podrá dar cumplimiento al fallo, hasta tanto la AFP no reintegre los recursos. En igual sentido, solicitó no se condene en costas toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz siendo un tercero al que le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas SKANDIA Y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021,

SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 53 del archivo «01DemandayAnexos», obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 06 de noviembre de 1966, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a SKANDIA S.A., el 18 de septiembre de 2020 (Pág. 46) y a COLPENSIONES el 22 de septiembre de 2020 (Pág. 54), es decir, cuando evidentemente ya estaba a menos de diez años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, no estaba siquiera afiliada al RPMPD en el ISS, pues según informa el historial de vinculaciones de ASOFONDOS su vinculación a ese régimen pensional se produjo el 30 de septiembre de 1994 (Exp. Digital. «12ContestacionDemandaColfondos». Pág. 25), por lo que no se encontraba en la

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 28 de agosto del año 2000, según información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. (Exp. Digital. «01DemandayAnexos». Pág. 45).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado,

aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (28 de agosto de 2000), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. -pág. 45, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de

información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. En este sentido, no hay lugar a adicionarse en este sentido la sentencia, pues la orden de devolver los conceptos y valores a favor de COLPENSIONES es clara, incluso lo relacionado con la indexación de los valores objetos de devolución por ser procedentes tal y como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 3207-2020, donde se asentó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.»* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelto tanto el grado jurisdiccional de la consulta que opera en favor de Colpensiones, como las apelaciones formuladas. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

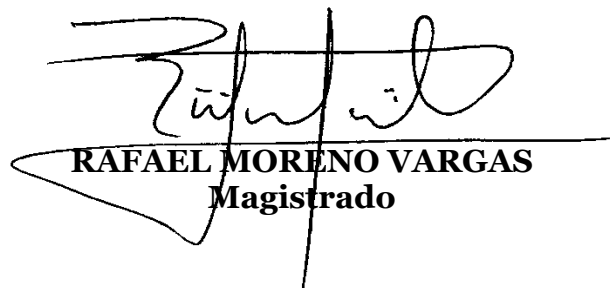
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

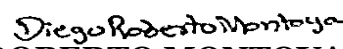
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DIANA LUCERO SIERRA TORRES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-023-2019-00722-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de diciembre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **DIANA LUCERO SIERRA TORRES** pretende que se declare la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen realizado del RPMPD al RAIS, disponiendo que siempre ha permanecido en el RPMPD, ordenando el traslado de todos los aportes cotizados junto con los rendimientos e intereses causados, a COLPENSIONES S.A. Ordenando a las demandadas, el pago de lo que resulte ultra y extra petita, así como al pago de costas y agencias de derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 04 de septiembre de 1963, estando afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS- hoy COLPENSIONES, desde el 19 de septiembre de 1982 hasta el 13 de agosto de 1999. Señaló que en septiembre de 1999, fue trasladada a PORVENIR S.A. al firmar el formulario de afiliación exigido, mencionó que la oferta hecha por el Fondo para su

afiliación fue estructurada bajo el argumento que en el régimen privado se podría obtener una pensión por mayor valor a la reconocida en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida –RPMPD-, sin la debida información o ilustración que diera cuenta de las diferentes alternativas en materia de beneficios y la correlativa documentación sobre los evidentes inconvenientes. Señaló que, no le fue realizada una proyección concreta del monto de la pensión para poder contar con adecuados elementos de juicio para el traslado y comparación del resultado final del reconocimiento en uno u otro régimen que más le beneficiara. Preciso que ni previamente, ni para el momento de traslado, contó por parte de PORVENIR S.A., con la doble asesoría establecida por la ley, lo que la hizo trasladarse de Régimen con ilusorias expectativas, como retiro programado con suficiencia de beneficios, al igual que un monto de pensión que superaba ampliamente el esperado con el Instituto de Seguros Sociales –ISS-, entidad que por ser pública desaparecerla, haciendo solo una comparación pura y simple entre las dos pensiones de naturaleza diferente y omitiendo el deber de brindarle la asesoría cierta, suficiente y oportuna, acerca de las reales consecuencias que comporta pertenecer a un régimen o a otro. Con base en ello, el 23 de abril de 2015, presentó ante COLPENSIONES la respectiva reclamación, sin embargo, según le informaron, se encontraba a diez o menos años del tiempo requerido para pensionarse (Fl. 02 a 14).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, indicando que el traslado de la demandante se llevo a cabo ejerciendo su derecho a la libre escogencia de manera libre y voluntaria suscribiendo el respectivo formulario de vinculación, aceptando en consecuencia, haber sido suficientemente ilustrada e informada sobre las implicaciones de su traslado, por lo que el mismo tiene plena validez. Mencionó que, si bien COLPENSIONES desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó acabo la asesoría, no es menos cierto que si la actora decidió que sus aportes pensionales estuvieran administrados en una cuenta de naturaleza privada como es el RAIS se debió a la información que fuere suministrada por parte de los asesores de la AFP donde efectuó el traslado primigenio, por lo tanto, no puede alegarse una ineficacia del traslado ante el acaecimiento de un vicio en el consentimiento al suscribir el formulario de vinculación, además de ello, adujo que la accionante se encuentra en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 haciéndose imposible tenerla como afiliada al RPMPD, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en flagrante vulneración

del principio sostenibilidad económica del sistema financiero, que goza de rango constitucional, en consecuencia, acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES. Presentó como excepciones las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» e «innominada o genérica» (CD. Fl. 34).

Mediante auto del tres (03) de noviembre de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE DEENSA JURIDICA DEL ESTADO** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** (Fl. 44).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, condenó a la AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación de la actora, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, todo ello de manera indexada; declarando que la actora se encuentra afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Declaró no probadas las excepciones.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, conforme a la jurisprudencia vigente, es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información clara, completa, suficiente y necesaria sobre las implicaciones que conllevaría el traslado de régimen pensional, especialmente respecto de las características condiciones y diferencias de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que lleva ese cambio; señaló ser procedente incluso declarar la ineficacia sin importar si se tiene o no un derecho consolidado y si se tiene o no el beneficio de la transición, o si se está próximo a pensionar. Sostuvo que en el presente asunto, frente a la forma cómo se dio la vinculación de la parte actora al RAIS en

virtud de la inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP demandada, demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones de cambio de régimen así se alegue que los deberes de asesoría demarcados por la jurisprudencia actual no existían para el año 1999, por tanto, la consecuencia de caer en el error por parte de las AFP de no suministrar la información adecuada al afiliado es la ineficacia del traslado, en razón a que el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR S.A. en el año 1999, probatoriamente resultó insuficiente, sumado a que del interrogatorio no se obtuvo confesión en contra de la demandante, de lo que se deduce que no se cumplió con el deber de información que tenía la AFP PORVENIR S.A. En sentido, estimó procedente declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que el A quo no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP PORVENIR S.A., agregó que de recibir a la actora en la entidad se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Subsidiariamente solicitó se mantenga lo referente al reintegro de la totalidad de las cotizaciones y se estudie la posibilidad de condenar al fondo privado a que pague los perjuicios económicos a los que hubiere lugar en atención a la teoría civil del daño.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A tu turno la parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 20 del expediente, obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 04 de septiembre de 1963, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigida a COLPENSIONES, de la cual obtuvo respuesta el 23 de abril de 2015 (Fl. 17), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 364.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (CD FL. 36), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según la historia laboral aportada y expedida por la AFP PORVENIR S.A. obrante a folios 15, 16, 18 y 19, acaeció a partir del mes de septiembre de 1999, sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente la aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntad de traslado.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación

hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, pues la AFP demandada no demostró siquiera el acto de afiliación, con lo cual puede concluir esta Corporación que no se logró demostrar la suscripción del formulario de afiliación de la actora al RAIS; circunstancia por lo cual, al no existir una prueba fehaciente que enrostre el procedimiento con el cual se trasladó de régimen pensional la demandante, más exactamente su formulario de afiliación, es por lo que atendiendo lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dentro del presente asunto no hay prueba si quiera sumaria que advierta que el traslado que ostenta la actora en la actualidad como afiliada al RAIS lo haya efectuado en forma libre y voluntaria según lo dispuesto en la norma, aspecto que también conlleva a que no se dé aplicabilidad a lo regulado en el literal e) del mentado artículo 13 de la Ley 100, el cual fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y que refiere a la escogencia de régimen de la preferencia de la filiada.

De este modo, es claro que no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a PORVENIR, a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió no sólo aportar el documento contentivo del acto de afiliación sino que, tampoco demostró que al momento del traslado de régimen (mes de septiembre de 1999), hubiese cumplido con el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la 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 soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala*

ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. En este sentido, no hay lugar a adicionarse en este sentido la sentencia, pues la orden de devolver los conceptos y valores a favor de COLPENSIONES es clara, inclusive con la orden de la indexación de los valores objetos de devolución por ser procedentes tal y como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 3207-2020, donde se asentó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.»* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para

impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

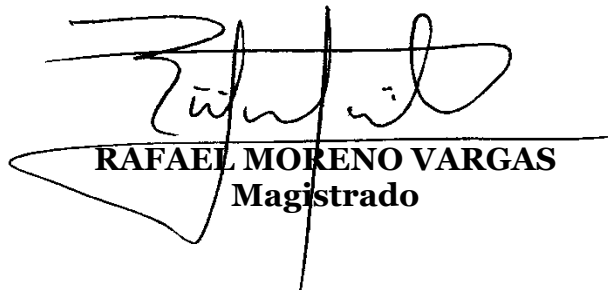
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANGELO
SEBASTIAN LAVERDE OCHOA contra BACON STREET S.A.S.
110013105-025-2019-00603-01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 03 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **ANGELO SEBASTIAN LAVERDE OCHOA** a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de **BACON STREET S.A.S.**, con la finalidad de que se condene al reconocimiento y pago de la prima de servicios, las cesantías, intereses de cesantías y vacaciones, desde la fecha de vinculación hasta la fecha de terminación de la relación laboral. Todo lo anterior, debidamente indexado; así como también el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías; más las costas procesales, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró como empleado de la empresa **BACON STREET SAS** desde el 12 de enero de 2016 al 12 de enero de 2018, desempeñando el cargo de cocinero, siendo ascendido

posteriormente a encargado de cocina. Aseguró que el contrato se estableció a término indefinido, sin que le hayan sido canceladas las prestaciones sociales correspondientes a: prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses de las cesantías. Agregó haberse acercado al fondo de pensiones y cesantías al cual se encontraba afiliado y le informaron que el empleador no había realizado la consignación de las cesantías. Arguyó que ha cumplido con los elementos esenciales del contrato tales como la prestación del servicio y la subordinación, también se ha presentado la remuneración, sin embargo, no se han cancelado todos los emolumentos a los cuales tiene derecho. Que todas las obligaciones y tareas encomendadas las acató, estuvo sujeta a ellas, es decir, que se subordinó a su empleador. Además, la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, siempre atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste. En ese orden, sostuvo que el empleador le adeuda la prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses de las cesantías desde la fecha de vinculación hasta la fecha de terminación de la relación laboral. Además, se le adeuda la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías y la indemnización por la mora en el pago de sus prestaciones sociales. Agregó finalmente, que el día 16 de agosto de 2018 solicitó ante la entidad demandada el pago de las sumas de dinero adeudadas, sin embargo, la entidad demandada guardó silencio al respecto (Fls. 02 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de **BACON STREET S.A.S.** dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que entre las partes no existió contrato de trabajo y tampoco hubo relación laboral, por lo tanto no se adeuda al demandante ninguna suma de dinero. Explicó que el demandante nunca fue trabajador de la demandada, ya que, aunque en ocasiones le colaboró preparando comidas rápidas, esa colaboración no era continua y mucho menos subordinada, aunado a que, como consecuencia de esa ausencia de subordinación, no cumplía horario y tampoco era dependiente. Cuando el actor acudió a colaborar lo hizo por ratos, ya que manifestó que se encontraba estudiando cocina en el SENA, y se ausentaba en cualquier momento. Propuso las excepciones previas de «indebida acumulación de pretensiones» y «carencia de poder para el respectivo proceso»; y como de fondo, las que denominó como de «inexistencia de las obligaciones reclamadas», «compensación», «pago», «buena fe», «cobro de lo no debido» y «prescripción» (Fls. 25 a 34).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 03 de noviembre de 2021, absolvió a la demandada sociedad BACON STREET S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló pese a quedar debidamente demostrada la prestación del servicio por el demandante y que estaría cobijado por la presunción legal contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ello no lo relevaba de la carga de la prueba que le asistía como es probar los extremos temporales de la relación laboral, el cargo y la remuneración o salario devengado como contraprestación del servicio prestado. Que no existen dentro del plenario pruebas que apoyen los hechos de la demanda, no se encontraron acreditados los hechos esenciales del contrato de trabajo conforme como lo dispone el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo cuya carga probatoria incumbía al promotor conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, por lo tanto, había lugar a absolver a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial del accionante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación argumentando para tal efecto que la esencia del contrato laboral se basa en los elementos que contiene esta relación, los cuales, corresponden a la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración del mismo. Que tal como expuso en la demanda, el señor ANGELO SEBASTIÁN LAVERDE fue vinculado a la empresa BACON STREET S.A.S. mediante un contrato verbal que por regla general y en materia laboral se conoce como un contrato a término indefinido, contrato el cual inició el 12 de enero del 2016 y finalizó el día 12 de enero del 2018, tiempo en el cual, el demandante cumplió con las funciones que el demandado le encomendó de manera responsable con eficiencia y eficacia. Que esa relación entre las partes se materializó con la aplicación de los elementos esenciales del contrato, ya que el actor prestaba el servicio por el cual fue contratado en cumplimiento de un horario laboral y en forma personal en su lugar de trabajo, siendo ello uno de los elementos planteados por la jurisprudencia como indicativo en el cual se desarrollaba una subordinación constante sobre el trabajador. Lo anterior teniendo en cuenta que el servicio prestado por el accionante era una labor de cocina, lo cual debe ser prestado presencialmente, cumpliendo con esto, con esta asistencia al lugar de trabajo, con uno de los requisitos de la relación laboral. La situación fáctica aplicable para el caso que se expuso en la demanda, se ratificó en los alegatos de conclusión en el sentido en que el actor prestó sus servicios a BACON STREET S.A.S., relación laboral la cual

fue confirmada por el demandado en la contestación de la demanda afirmando que el demandante prestaba un servicio en su empresa. Que con la contestación de la demanda puede evidenciarse el poco conocimiento de la situación por parte del demandado, ya que afirma que el demandante prestaba sus servicios de manera esporádica porque era estudiante de la institución SENA, situación la cual no es cierta porque el demandante estudiaba en ese momento en la escuela de gastronomía Mariano Moreno. Entonces, sostuvo que con ello se puede poner en duda lo argumentado por el apoderado demandado en todo el escrito de la contestación de la demanda, ya que se evidencia que el demandando pretende de una forma errada indicarle al juez que el demandante no prestó una relación personal del servicio, situación que no es cierta ya que como se ha demostrado, el demandante cumplió con los requisitos que configuran el contrato realidad. Agregó que, los hechos postulados en la demanda se encuentran plenamente demostrados con ausencia del representante legal al interrogatorio de parte, situación que permite que esta ausencia configure la confesión presunta de los hechos expuestos en la demanda. Es así como habiéndose demostrado a lo largo del presente proceso, el actor cumplió con los requisitos esenciales de un contrato de trabajo y que es acreedor al pago de las prestaciones sociales, que no fueron pagados por el empleador.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **ANGELO SEBASTIAN LAVERDE OCHOA** y **BACON STREET S.A.S.**, de ser así, verificar si se demostraron los extremos temporales del mismo.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la

continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras comisiones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que, con el acervo probatorio allegado, concluye esta Corporación que se tiene por acreditado que el demandante efectivamente prestó sus servicios personales en favor de la demandada BACON STREET S.A.S., lo cual se extrae de la contestación de la demanda, donde si bien se niega la relación laboral, se admite que *«en ocasiones colaboró con mi acudida preparando comidas rápidas»*, aunque se matiza el hecho señalando que *«esa colaboración no era continua y mucho menos subordinada»* y que en esos ratos le pagaba una cifra que podría ascender a \$50.000.

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que, con el acervo probatorio anunciado, especialmente del interrogatorio del demandado, concluye esta Corporación que se tiene acreditado que el demandante efectivamente prestó sus servicios a favor del extremo demandado, pues claramente se indicó que el causante sí le prestó sus servicios

personales en calidad de cocinero, de ahí que la parte actora cuenta a su favor con la presunción contenida en el artículo 24 del CST, es decir, que debe presumirse de entrada que la relación que reclama es de estirpe laboral y como ella es de carácter legal admite prueba en contrario. Por ende, debe estudiarse entonces si esta presunción fue desvirtuada o, por el contrario, la misma fue confirmada.

Al respecto, ante la precariedad probatoria de las partes, en principio no se encuentra derruida tal presunción, empero surge un inconveniente que da al traste con las aspiraciones de la parte actora, porque, los casi nulos medios de convicción también dan cuenta de otras vicisitudes que deben valorarse a la luz del artículo 23 del CST, como quiera que de esta norma, que define los elementos esenciales del contrato de trabajo, emergen claras características distintivas e inherentes a la relación de trabajo, a partir de las cuales se le imprime la naturaleza laboral a una relación contractual, que por demás, tiene como primera cualidad la subordinación, pero que va acompañada de otros aspectos que le dan su propia connotación, a saber:

- Que la prestación del servicio debe ser personal y,
- Para que pueda hablarse de subordinación, debe mediar una **continuada** dependencia respecto del empleador.

Se advierte como la norma en estudio dispone que, debe existir una continuada dependencia, en virtud de la cual, el empleador ejerce el poder subordinante sobre el modo, tiempo y cantidad de trabajo realizado por su trabajador, la cual, debe mantenerse *«por todo el tiempo de duración del contrato de trabajo»*. En efecto, la subordinación comporta un deber de obediencia por parte del trabajador, de las órdenes que le sean impartidas por su empleador, o un representante suyo, y en este marco obligacional se requiere de manera irrestricta la prestación efectiva de un servicio dentro de ese preciso marco de referencia temporal, para que exista la obligatoriedad de acatar órdenes o instrucciones, pues claramente la disponibilidad del trabajador para estar atento a la posibilidad de prestar el servicio cuando así lo determine el patrono, también es una manera de identificar la subordinación; en este sentido, la jurisprudencia de esta especialidad, de vieja data, ha decantado que de no darse la prestación del servicio *«sino apenas la simple posibilidad de prestarlo, la sola disponibilidad es, en realidad, una equivalente de la subordinación jurídica, nota característica del contrato de trabajo...»*¹.

¹ Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, 11 de abril de 1970.

Bajo estas consideraciones, en el caso de autos, se advierte que la prestación del servicio desplegada por el causante no lo fue de manera continua en el interregno de los extremos temporales que se invocan en el libelo inaugural; lo que puede extraerse, conforme a la contestación de la demanda, es que efectivamente el demandante pudo haber laborado a favor de BACON STREET SAS, pero por cortos espacios temporales, de ahí que, para la Sala no existió una continuada dependencia respecto del empleador.

En efecto, queda claro de un lado, que la prestación del servicio no se dio de manera continua durante el período que comprenden los extremos temporales invocados por el actor; y por otro lado, que en las circunstancias de tiempo y modo en que se prestó el servicio, daría eventualmente lugar a la existencia de varios contratos de trabajo en lapsos de tiempo inferior y diferentes a los alegados con la demanda, pues no se acreditaron los días, semanas o meses, en que estuvo a disposición del empleador y/o ejecutando órdenes al servicio del demandado. Lo anterior, supone además otro inconveniente en torno a la imposibilidad de poder determinar los extremos temporales en los cuales se puso haber desarrollado las esporádicas relaciones laborales, pues es conocido de vieja data que no le es dable al juez efectuar cálculos acomodaticios en aras establecer las prestaciones derivadas de la relación laboral o, elaborar conjeturas o suposiciones sobre los extremos de una eventual relación contractual.

Así las cosas, al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues incluso tomando la confesión ficta o presunta que declaró el a quo en el marco de las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS tampoco se puede llegar a una conclusión diferente, dado que, verificadas las mencionadas audiencias, se tiene que el Juez de primera instancia no señaló sobre cuáles hechos específicos recaía tal sanción, pues se limitó a manifestar de manera genérica las consecuencias de la misma y sobre ello no hubo reproche o inconformidad alguna. Por lo que, al tenor de lo anterior, considera esta Sala que no puede tenerse por confesado el hecho relativo a los extremos del contrato de trabajo, ni otros aspectos propios del mismo como el salario, pues se itera, el Juez A quo no señaló los que eran susceptibles de confesión, sobre los cuales operaría las consecuencias procesales mencionadas.

Sobre este último puntual aspecto, es de recordar que de antaño la jurisprudencia laboral tiene decantado que para configurar en debida forma tal confesión, el juez

debe indicar los hechos sobre los que recae la confesión ficta, los cuales, deben ser susceptibles de ser confesados o estar contenidos en los medios exceptivos y en las razones de la defensa, dependiendo de la parte que no haya asistido -la simple enunciación de las piezas procesales donde podrían estar contenidos no resulta suficiente- si se carece de aquella especificidad, no existe forma de derivar una confesión ficta, y mucho menos, que se tenga en cuenta en la sentencia, de modo que lo alegado en la alzada en tal sentido, es considerado extemporáneo (ver entre otras muchas, las recientes sentencias que ratifican tal argumento: CJS SL4409-2021, SL4323-2021, SL488-2022).

En este preciso contexto fáctico y probatorio es de resaltar finalmente, que la exigencia de la carga probatoria que le compete en este escenario procesal a una u otra parte, no es que exija que un litigante en particular este obligado a su arribo, sino quien asume el riesgo por no hacerlo, y en tales circunstancias poco o nada importa si la prueba la arrima el interesado, su contraparte o el Juez, todo ello como consecuencia del principio de la comunidad de la prueba. Lo que realmente importa es que si quien debe aportar la prueba de un hecho que le incumbe no lo hace, corre el riesgo de que su pretensión o su excepción se desestimen judicialmente.

En ese orden de ideas, es claro que las evidentes falencias probatorias que en este escenario aquí se vislumbran, donde la parte actora no se inmutó por demostrar los hechos puestos a consideración del operador de justicia, no es posible derivarlas de una confesión en los términos solicitados. Siendo claro entonces, que correspondía a la parte actora la demostración de la prestación personal del servicio, así como de los hitos temporales alegados, lo cual brilla por su ausencia e imposibilita al juez laboral realizar declaratorias y fustigar condenas sobre elucubraciones y con fundamento en meras especulaciones teóricas; siendo estos motivos más que suficientes para confirmar la decisión adoptada en primera instancia.

De conformidad con lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

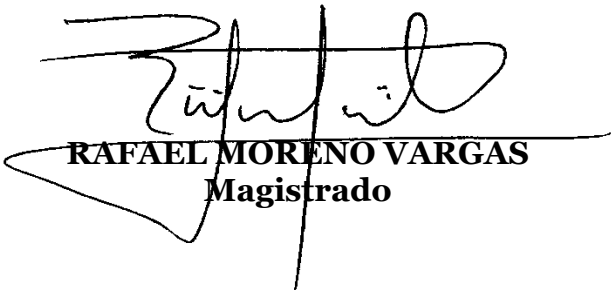
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

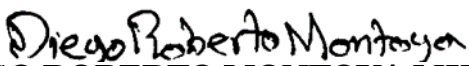
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL**
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de GERARDO CHACON ORTIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Rad. 110013105-026-2019-00371-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 20 de mayo de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **GERARDO CHACON ORTIZ**, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez en cuantía de \$2.344.523 con fecha de status 9 de mayo de 2012 y consecuentemente se condene a Colpensiones al pago del valor retroactivo de la diferencia del valor de las mesadas pensionales desde el momento en que se causó el derecho correspondiente, es decir, a partir del 9 de mayo de 2012. Solicitó se condene a la demandada a continuar pagando hacia futuro el valor de su mesada y que a su vez se le efectúe la correspondiente indexación. Finalmente se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató, en síntesis, que mediante Resolución VPB 18145 de 16 de octubre de 2014, Colpensiones resolvió reconocerle

la pensión de vejez un valor de mesada equivalente a \$1.632.896 pesos y que no pagó el retroactivo aduciendo que no había novedad de retiro por parte del empleador. Manifestó que presentó demanda ordinaria laboral ante el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, cuyas pretensiones eran el reconocimiento de la pensión vejez a partir del 9 de mayo de 2012 y que en ningún caso en la demanda se solicitó que se liquidara el valor de la mesada pensional sobre el promedio de los últimos 10 años. Detalló que a través de resolución VPB de 18 de agosto de 2015, donde se resolvió un recurso de apelación en segunda instancia, Colpensiones re liquidó su pensión y la elevó a un valor de mesada equivalente a \$2.344.523 pesos, además de ello, el juzgado 14 condenó a Colpensiones al pago del retroactivo en cuantía mensual de \$1.632.896 que fue el valor reconocido en resolución VPB 18145 de 16 de octubre de 2014. Igualmente, a través de Resolución SUB 3542 de 8 de marzo de 2017 se da cumplimiento al fallo judicial dictado por el mismo juzgado y el Tribunal Superior de Bogotá, reconociendo mesada pensional por un valor de \$1.632.896. Relató que a través de Resolución SUB 279567 de 5 de diciembre de 2017, se ordenó se reintegre a Colpensiones un valor de \$30.040.967 como consecuencia del pago de lo no debido por concepto de mesadas pagadas durante el periodo de 1 de septiembre de 2013 al 31 de marzo de 2017. Mencionó que contrató un cálculo privado y estableció que su mesada sería equivalente a \$3.528.082 y que a través de apoderado presentó solicitud de reliquidación pensional ante Colpensiones el 20 de febrero de 2019 y este por medio de Resolución SUB 96514 de 24 de abril de 2019 negó la reliquidación aduciendo cosa juzgada; que en la misma resolución, Colpensiones no efectuó calculo alguno para determinar si el valor de la mesada es inferior, igual o superior a la que se está pagando actualmente y que el 24 de mayo de 2019 presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión que negó la reliquidación de la pensión. (Expediente Digital 001. Exp. Digitalizado 2019-00371. Págs. 5 a 12)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones de la demanda, argumentando que ha cumplido a cabalidad el fallo proferido por el juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la circular BZ_2014_3076927 de 22 de abril de 2014, además informó que no puede pretenderse un pago por cosa juzgada. Agregó que Colpensiones ya reconoció la reliquidación de vejez acorde a la Resolución VPB57097 de 18 de agosto de 2015. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción y caducidad», «declaratoria de otras excepciones», «inexistencia de la obligación y del derecho por

falta de causa y título para pedir», «cobro de lo no debido» y «buena fe» (Expediente Digital 001. Exp. Digitalizado 2019-00371 Págs. 96 a 101).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá declaró que el accionante tiene derecho a la reliquidación de la pensión. Condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la reliquidación de la mesada pensional al demandante a partir del 20 de febrero de 2016 aplicando los valores de las mesadas pensionales para el año 2016: \$2.645.207, año 2017: \$2.979.306, año 2018: \$2.911.716, año 2019: \$3.400.309, año 2020: \$3.118.472 y año 2021: \$3.168.368, autorizándose a Colpensiones a compensar los valores pagados al demandante por concepto de retroactivo pensional y así mismo autorizó a Colpensiones a efectuar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a salud respecto de las sumas reliquidadas. Condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la indexación del retroactivo que se genere desde la fecha en que cada una de las sumas es exigible hasta cuando se efectúe el pago. Declaró no probadas la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada; a su vez, declaró probada la excepción de prescripción de manera parcial respecto a las sumas de dinero generadas con anterioridad al 20 de febrero de 2016. Por último, condenó en costas a la demandada.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que, conforme al estudio de la demanda, las pretensiones fueron encaminadas a pagar el retroactivo de la pensión de vejez, en el mismo orden, indicó que la pretensión fue negada por Colpensiones mediante resolución y posterior a ello a resolver el recurso de apelación, se ordenó a revocar la resolución para en su lugar reconocer la pensión de vejez a partir del 1 de noviembre de 2014 al acreditar un total de 1646 semanas. Adujo que de los actos administrativos, se destacaban decisiones en particular que modificaron la situación jurídica del demandante los cuales fueron que la resolución VPB 1845 de 2014, por medio de la cual Colpensiones reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 1 de noviembre de 2014 por un valor de mesada inicial de \$1.632.896, seguido a ello, Resolución 57097 de 18 de agosto de 2015, por la cual Colpensiones modificó la resolución 18145 de 16 de octubre de 2014 en el sentido de re liquidar la mesada pensional en cuantía inicial de \$2.344.523 a partir de 1 de septiembre de 2013 y finalmente, Resolución 3425 de 8 de marzo de 2017 por la que Colpensiones dio cumplimiento al fallo judicial ordenando el pago de retroactivo con una mesada para el año 2017 de \$1.955.784 generándose un retroactivo de \$47.947.848 y la

Resolución 279567 de 5 de diciembre de 2017 por medio de la cual Colpensiones ordenó el reintegro de valores por pago de lo no debido del 1 de septiembre de 2013 al 31 de marzo de 2017 por la suma de \$30.040.967. Señaló que las decisiones administrativas relacionadas y emitidas por Colpensiones no solo obedecieron a la verificación de cumplimientos de requisitos establecidos en la ley para que el demandante accediera a la pensión de vejez, sino que dicha decisión tuvo un componente adicional como fue el de la sentencia judicial donde se explicó que la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso promovido por las partes, radicado bajo 2014-597 se fijó el litigio para determinar la fecha en que se estructuraron los requisitos de causación del derecho pensional y cuando se hizo la última cotización a sistema general de pensiones, de modo que se solicitó el pago al retroactivo de las mesadas causadas entre esa fecha y la fecha que ocurrió el reconocimiento pensional adicionalmente a los intereses moratorios por mora en su reconocimiento, quedando fuera de debate en aquella oportunidad el monto de la mesada pensional, de modo que declaró no probada la excepción de cosa juzgada planteada por Colpensiones. Respecto al monto de la mesada pensional, señaló que COLPENSIONES mediante Resolución del 18 de agosto de 2015, realizó un nuevo estudio de la solicitud de la reliquidación, donde se tuvo en cuenta el IBC de los últimos 10 años, con una tasa de remplazo del 75%, generando una mesada para el año 2015 de \$2.477.4481 valor que encontró ajustado a derecho en tanto que es COLPENSIONES quien cuenta con el registro actualizado de la historia laboral del demandante, calculando los valores efectivamente recibidos por concepto de cotización a pensión, agregando, que fue la demandada quien efectuó la liquidación. En ese sentido, tuvo en cuenta los valores emitidos por COLPENSIONES en la mencionada Resolución de 2015 desde el año 2012 y en esa medida, halló viable el reajuste pensional solicitado. Con relación a la excepción de prescripción, la encontró probada parcialmente respecto a de las diferencias causadas con anterioridad al 20 de febrero de 2016, teniendo en cuenta que el demandante presentó reclamación administrativa el 20 de febrero de 2019 y la demanda fue presentada el 11 de junio de 2019.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, argumentando que dicho reconocimiento ya fue cumplido conforme a lo ordenado en el fallo judicial conforme a lo ordenado mediante el fallo judicial del 14 de agosto de 2015 y modificado el 16 de marzo de 2016 por el Tribunal de Bogotá en Sala Laboral, es decir, el fallo judicial que ya está debidamente

ejecutoriado y mediante las resoluciones Colpensiones dio cumplimiento oportuno. Mencionó que es deber del Estado proteger la vida, honra, bienes y derechos y creencias de los asociados fomentando una garantía certera, seguridad jurídica y la misma sobre las normas de los conflictos jurídicos o la situación jurídica sobre una decisión solicitada en las relaciones jurídica que se rigen por las normas vigentes al momento de configurar la relación manteniendo una estabilidad jurídica, es decir, no podrá solicitar que se le apliquen las disposiciones que entren en vigencia una vez tomada la decisión, como en este caso, una decisión que fue ordenada mediante el fallo, no siendo procedente ordenar la reliquidación pensional por cuanto esta pretensión ya fue re liquidada y cumplida mediante el fallo judicial. Mencionó que se efectuó el reconocimiento y el fallo vulnera el principio de la confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica, acceso real y efectivo a la administración judicial y específicamente la cosa juzgada ya que se atendió por parte de Colpensiones lo ordenado por el juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá conforme a la pensión de vejez junto con su liquidación. Por lo tanto, solicitó se revoque la sentencia y se absuelva de las costas y condenas impuestas en el fallo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión, la parte actora solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. La accionada en similares términos a los de la alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer inicialmente si se configuró o no el fenómeno de la cosa juzgada; de no ser así, verificar si es procedente el reajuste pensional deprecado y ordenado en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico debe advertirse preliminarmente que, se encuentran acreditados los siguientes hechos y no son materia de debate, mediante Resolución VPB 18145 del 16 de octubre de 2014 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 01 de noviembre de 2014 por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos de la Ley 33 de 1985, en cuantía inicial de \$1.632.896 con un IBL de \$2.177.194, una tasa de

reemplazo del 75%, teniendo para el efecto 1.646 semanas cotizadas. Posteriormente, a través de la Resolución GNR 449081 del 30 de diciembre de 2014, esta entidad le negó el reconocimiento y pago de un retroactivo. Luego, a través de la Resolución VPB 57097 del 18 de agosto de 2015 se modificó la Resolución VPB 18145 del 16 de octubre de 2014, en el sentido de reliquidar la pensión de vejez a favor del demandante en cuantía inicial de \$2.344.523 e, igualmente, la fecha de disfrute, a partir del 01 de septiembre de 2013.

De igual modo, se encuentra probado en el proceso que, el demandante presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, la cual se adelantó en el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, radicado 11001310501420140059700, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación desde el 09 de mayo de 2012 junto al pago de intereses y costas procesales, donde, en el transcurso del proceso se emitió el ya mencionado acto administrativo de reconocimiento pensional, de modo que al momento de fijarse el litigio se dejó como única pretensión el pago del retroactivo pensional más los intereses, por lo que el problema jurídico a resolver en esa oportunidad se circunscribió a «*establecer la fecha a partir de la cual el demandante podría entrar a disfrutar de su pensión de vejez y por tanto si hay lugar a modificar la fecha a partir de la cual operó el reconocimiento pensional que le hizo COLPENSIONES*» (Exp. Digital: «L11001310501420140059700_110013105014_002_001.wmv» Min. 09:57 a 10:12). Con base a ello el juzgado resolvió en la sentencia proferida el 14 de agosto de 2015:

«PRIMERO. CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante o señor GERARDO CHACON ORTIZ, la pensión de vejez a partir del 9 de mayo de 2012, en cuantía mensual de UN MILLON SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1.632.896,00), por tanto deberá pagar las mesadas pensionales comprendidas entre el 9 de mayo de 2012 y 30 de octubre de 2014.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar las diferencias causadas entre la pensión que ha venido pagando a partir del 1 de noviembre de 2014 y la que legalmente le corresponde para esa anualidad teniendo en cuenta que la mesada pensional para el año 2012, asciende a UN MILLON SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1.632.896,00).

TERCERO. CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar los intereses moratorios sobre el retroactivo adeudado desde que cada mesada se hizo exigible desde el día 9 de noviembre de 2012 y hasta cuando se verifique el respectivo pago.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas [...]».

Con base en lo expuesto, Colpensiones apeló la decisión en este puntual aspecto señalando específicamente lo relativo a la fecha de causación y los intereses moratorios. En ese orden, una vez conocido en Segunda Instancia la anterior

decisión, la Sala Laboral de éste Tribunal (M.P. Marleny Rueda Olarte), mediante sentencia del 16 de marzo de 2016 decidió modificar la sentencia de primera instancia únicamente en lo relativo a la fecha de causación de los intereses moratorios. En lo demás se confirmó. En dicha decisión, en efecto, el problema jurídico se circunscribió a verificar la fecha a partir de la cual debía reconocerse la prestación, la procedencia de los intereses moratorios y la condena en costas.

A lo anteriormente decidido se le dio cumplimiento mediante Resolución SUB 3452 del 08 de marzo de 2017, precisando que *«Se estableció en el fallo judicial que la mesada pensional del (la) asegurado(a) debía corresponder a la suma de \$1.632.896 a partir del 09 de mayo de 2012»* y como a través de la ya mencionada Resolución VPB 57097 del 18 de agosto de 2015 se había modifica la Resolución No VPB 18145 del 16 de octubre de 2014, en el sentido de reliquidar la pensión de vejez, procedió a *«realizar la disminución de la mesada pensional con el fin de dar total cumplimiento al fallo judicial proferido por el JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA»*. Todo lo anterior conforme a lo que reposa en el expediente digitalizado *«001. Exp. digitalizado 2019-00371»*, páginas 35 a 74 y expediente administrativo, carpetas 002. Cd. Fl. 49, 003. Cd. Fl. 50 y 004. Cd. Fl. 98.

Por cuestión metodológica, la Sala abordará inicialmente el tema de la Cosa Juzgada planteada tanto en la decisión de primer grado como en la Alzada.

Al respecto, se resalta que el artículo 303 del C.G.P. establece que, ejecutoriada una sentencia, produce efectos de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes. Esta institución, en virtud del principio de la seguridad jurídica, impide que un asunto que ya fue definido por la jurisdicción ordinaria, pueda volver a ser sometido a su estudio, pues toda sentencia judicial ejecutoriada goza de la presunción de legalidad y de justicia que impide un nuevo análisis de los supuestos fácticos y jurídicos allí debatidos.

Para que se configure este medio exceptivo, se deben acreditar los siguientes elementos: (i) la existencia de proceso anterior definido por sentencia debidamente ejecutoriada, (ii) que exista identidad de partes, (iii) que haya identidad de pretensiones y, finalmente, (iv) identidad de hechos, requisitos que se pasan a analizar.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los anteriores parámetros, debe advertirse que no existe discusión frente a la existencia de un proceso anterior definido por sentencia debidamente ejecutoriada, tal como se corrobora con la prueba documental previamente citada, la cual, como también se explicó, da cuenta que el hoy demandante instauró un proceso ordinario laboral, donde se resalta la solicitud pensional por jubilación, en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición, prestación que le fue reconocida en el transcurso del proceso, lo que obligó a modificar la pretensión únicamente respecto de la fecha de causación, en tanto y en cuanto la demandada la había concedido en una fecha posterior a la reclamada y, así se planteó en todo el debate jurídico procesal en las dos instancias indicadas; lo cual desde luego que hizo tránsito a cosa juzgada. Empero también debe tenerse en cuenta que, aunque en tal acto, intervinieron las partes que ahora protagonizan el presente litigio, lo cierto es que el caso que ahora nos ocupa, difiere del primigenio, toda vez que ni los hechos ni las pretensiones guardan identidad con lo allá solicitado. Puesto que como se señaló en los hechos debidamente probados, en aquella oportunidad la petición que se le resolvió al demandante únicamente giró en torno el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, más los intereses de mora sobre el mismo, pues conforme a las resoluciones que le reconocieron y reliquidaron el derecho pensional por vejez, el disfrute comenzaba a partir del 01 de septiembre de 2013 y no desde el 09 de mayo de 2012, como se demandaba inicialmente la pensión, junto a los intereses de mora.

En tal sentido, resulta obvio que lo allí decidido únicamente versó sobre ese punto, pues desde el acto administrativo que le reconoció la prestación, se indicó una fecha de disfrute diferente, sin que en ninguna de las instancias se tratara el monto de la misma, pues se circunscribieron al monto inicialmente reconocido en la Resolución VPB 18145 del 16 de octubre de 2014, esto es, \$1.632.896 a partir del 01 de noviembre de 2014, no se hizo mención a la resolución que con posterioridad le modificó tal monto, sin que desde luego, ello fuera objeto de demanda en ese proceso; contrario sensu, ese aspecto es el que constituye el motivo de discordia de la parte demandante en esta oportunidad, esto es, que se le reajuste el monto de su mesada pensional y se le continúe pagando el monto que se le definió en la VPB 57097 del 18 de agosto de 2015, en cuantía inicial de \$2.344.523. De esta manera para la Sala no hay lugar a declarar probada la excepción de cosa juzgada y, por tanto, se confirma lo decidido en tal sentido por la juez a quo.

Establecido lo anterior, no encuentra la Sala motivo alguno para que no sea reajustada la mesada pensional en los términos en los que la misma entidad calculó la pensión en la última de las citadas resoluciones, dado que, en efecto, para su liquidación, el IBL se calculó de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 ibídem, teniéndose en cuenta el IBL más favorable por los últimos 10 años de cotizaciones, el cual correspondió a la suma de \$3,126,031 y se le aplicó una tasa de remplazo del 75%, en los términos de la Ley 33 de 1985, para una mesada pensional de \$2,344,523 para el año 2013. De tal modo que, actualizada año a año, arroja los incrementos señalados en la sentencia de primer grado y es por ello que debe imponerse su confirmación.

De igual modo, hay lugar a declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la prestación se había reconocido desde el 09 de mayo de 2012, el reclamo por concepto del reajuste pensional se efectuó el 20 de febrero de 2019 (pág. 15), la cual fue resuelta con la Resolución SUB 96514 del 24 de abril de 2019 (archivo *GEN-ANE-CM-2019_5693004-20190502053400*) y la demanda se presentó el 11 de junio de 2019 (pág. 75), esto es, fuera del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., razón por la cual se considera que hay lugar a declararse probado parcialmente el medio exceptivo objeto de estudio, respecto de los reajustes causados con anterioridad al 20 de febrero de 2016, tal y como lo concluyó la decisión de primer grado.

El retroactivo que se cause, habrá de indexarse al momento de efectuarse el pago por parte de la accionada, ello con la finalidad de paliar el efecto negativo de la devaluación de la moneda colombiano. De igual manera, se autorizará a COLPENSIONES para que de las diferencias por el retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado.

Finalmente, como ya se había venido pagando por COLPENSIONES los montos anteriormente indicados teniendo en cuenta el reajuste por ella realizado, al menos hasta la expedición de la Resolución SUB 3425 del 08 de marzo de 2017, debe compensarse lo que en efecto se pagó como diferencias, por ende, la autorización ordenada en tal sentido por el juzgado de primer grado ha de confirmarse.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

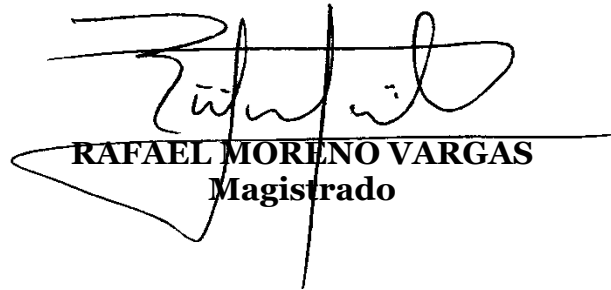
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MAURICIO VARGAS CUELLAR contra FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS –FONCEP- y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-027-2019-00360-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 07 de febrero de 2022. De igual modo, revisarla en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **MAURICIO VARGAS CUELLAR** presentó demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado realizado el día 01 de noviembre de 1995 de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL DISTRITO -Hoy FONDO DE PRESTACIONES, CESANTIAS Y PENSIONES –FONCEP- a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a FONCEP la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Finalmente solicitó ordene a FONCEP recibirlo sin solución de continuidad y que se condene en costas, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el 26 de noviembre de 1956; cotizó a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL DISTRITO -Hoy FONDO DE PRESTACIONES, CESANTIAS Y PENSIONES –FONCEP- un total de 594 semanas. Que el 01 de noviembre de 1995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS. Traslado que, indicó, no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, la asesoría se caracterizó por la nula información del fondo privado respecto al monto y la forma como se liquidaría la mesada pensional. Informó que desde su afiliación al RAIS, el 01 de noviembre de 1995 y hasta el 31 de octubre de 2018, cotizó un total de 1157.57 semanas, par aun total en los dos regímenes de 1751,57 semanas. Señaló que antes del 26 de noviembre de 2008 no fue informado sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. En ese orden, señaló que el 31 de octubre solicitó a COLFONDOS S.A. su traslado de régimen hacía el FONCEP y posteriormente elevó derecho de petición al FONCEP el 29 de abril de 2019 solicitando su traslado desde COLFONDOS S.A. (Expediente digital: 01 exp 2019-360.pdf, Págs. 4 a 11)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

EL FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES –FONCEP- contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en la medida que, si se declara ineficaz el traslado de régimen del demandante, FONCEP, al no administrar desde el 30 de junio de 1995 el RPMPD por efectos de insolvencia de la extinta Caja de Previsión Social del Distrito a través de Decretos Distritales 349 y 350 de 1995, jurídicamente está impedida de reconocimiento alguno dentro del régimen de transición. Señaló que revisados los requisitos exigidos por el demandante bajo la óptica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no cumple con los requisitos descritos en cuanto a la edad y tiempo de servicio para acceder al beneficio del régimen de transición. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación para reconocer y pagar las pensiones de jubilación o vejez por parte del FONCEP», «ausencia en la causa para solicitar traslado al régimen de prestación definida por falta de requisitos y cumplimiento de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993» y «excepción genérica» (Expediente Digital: 01 EXP 2019-360.pdf, Págs. 95 a 101)

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda sin presentar oposición frente a las declaraciones y condenas en las que se le involucre. Sin embargo, precisó que el señor MAURICIO VARGAS CUELLAR suscribió formulario de vinculación a la AFP

COLFONDOS de manera libre, voluntaria e informada, con el consentimiento informado, resaltando que este traslado se realizó bajo los lineamientos normativos vigentes para la fecha, ya que la asesoría se realizaba de manera presencial y verbal, por lo cual el traslado se encuentra exento de vicios del consentimiento y del demandante ejercicio su derecho a la libre escogencia de régimen. Agregó que los asesores de Colfondos están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes, y entrego información objetiva al demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS con solidaridad decidiendo este tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambio. En consecuencia, no era cierto que COLFONDOS o sus representantes comerciales hayan omitido información al demandante antes de que firmara su afiliación, resaltando que los fondos privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos en que lo solicita la parte actora. Por lo tanto, COLFONDOS cumplió con el deber de asesorar al demandante ya que se realizó asesoría de manera presencial y verbal. Por lo tanto, no fue engañado y mucho menos se le generó un conocimiento falso de la realidad, por cuanto la información que le brindaron los asesores al momento de la afiliación obedeció a diferentes posibilidades con las cuales contaba para invertir el dinero durante el tiempo en el que se va construyendo el derecho pensional, la negociabilidad del bono, la fecha en la que el bono se redimiría en caso de que lo hubiera. Finalmente, no formuló excepciones (Expediente Digital: Expediente Digital: 01 EXP 2019-360.pdf, Págs. 125 a 130).

Mediante auto de fecha 06 de octubre de 2020, se dispuso la integración como Litisconsorcio necesario de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** (págs. 122-123), entidad que una vez fue notificada contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones manifestando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Agregó que, nos encontramos frente a una falta de legitimación por pasiva, por cuanto las pretensiones de la demanda no van encaminadas a que esta entidad le reconozca algún derecho; empero, frente a la posible nulidad o ineficacia que solicita el demandante, para el 19 de noviembre de 2018, fecha en la cual solicito su traslado, contaba con 61 años, esto es, cuando se encontraba dentro de una prohibición legal, que se describe en el Artículo 13, literal e) de la ley 100 de mi 1993. Propuso como excepciones de fondo, las de «errónea e

indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «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» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 01 EXP 2019-360.pdf, Págs. 133 a 171).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 07 de febrero de 2022; declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS. Condenó a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Ordenó a COLPENSIONES afiliar al demandante nuevamente al RPMPD y recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. Absolvió de las pretensiones de la demanda al FONCEP. Finalmente, condenó a COLFONDOS S.A. al pago de las costas del proceso.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que COLFONDOS S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa y tal información influyó en la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en el, por lo que además incumplió sus deberes de buen consejo de asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad de regímenes pensionales, por lo expuesto, era viable acceder a la ineficacia del traslado. Respecto a la entidad que debía recibir nuevamente al demandante, como afiliado, indicó que con la expedición del Decreto 349 de 1995 se declaró insolvente al FONCEP para administrar el sistema general de pensiones y con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 solamente el ISS hoy COLPENSIONES, quedó como única administradora del RPMPD y que de subsistir cajas, fondos, administradoras que funcionaban antes de la creación del nuevo sistema, estas solamente administrarían las pensiones de quienes ya habían obtenido su derecho prestacional antes del 1º de abril de 1994 o del 1º de junio de 1995 a nivel territorial. En este escenario, asumió FONCEP la administración del fondo de pensiones públicas de Bogotá sin que de manera alguna pueda entenderse

que está facultado para recibir nuevos afiliados aun ante la contingencia de la ineficacia del traslado de régimen, pues ordenar afiliar nuevamente al demandante sería desconocer la naturaleza y fines para los que fue creado el FONCEP y su carácter de administrador del fondo de pensiones públicas de Bogotá, por lo anterior, señaló que corresponde a COLPENSIONES afiliar nuevamente al actor al RAIS por ser la única administradora actual del mismo.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**- interpuso recurso de apelación, señalando que los argumentos esgrimidos en la sentencia no tuvieron en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante; las obligaciones legales del trabajador con respecto a su negocio jurídico en cuanto al traslado realizado en el año 1995 conforme al Decreto 2241. Indicó que se debe tener en cuenta que el silencio del consumidor financiero en el tiempo por no tener una adecuada atención y realizando los negocios jurídicos no pueden llegar a afectar entidades que no tengan la carga prestacional de este tipo de pensiones o de este tipo de administración de pensiones; que la responsabilidad objetiva endilgada directamente a esta entidad teniendo que recibir al demandante en el RPMPD, no exonera en ningún momento a quien generó ese tipo de daños aun probando la diligencia, esto es, no se puede endilgar una responsabilidad objetiva no siendo la directamente generadora del daño generado al demandante. Señaló además que para el momento del traslado no era exigible a los fondos privados realizar una asesoría, no era exigible una documentación externa o adicional teniendo en cuenta que la única parte que pudiera realmente siendo más gravosa dentro de este proceso COLFONDOS poderlo aportar y no habiéndolo hecho dentro del presente, es así que entonces la prueba no puede ser exigida o no puede ser directamente endilgada por no ser demostrada y ser objetivamente responsable por este hecho a COLPENSIONES. Explicó que, esas relaciones entre el demandante y COLPENSIONES es totalmente externa a ese negocio jurídico y no puede recibir la carga prestacional del demandante, toda vez que esto genera una afectación a la estabilidad financiera que no se tuvo en cuenta dentro de la sentencia. También manifestó que COLPENSIONES es la única demandada dentro de este tipo de procesos, que no tiene una forma de defenderse y queda directamente atada a las intervenciones que logre demostrar siendo más gravosa la situación dentro del presente caso, viendo que la parte del fondo privado no tuvo una posición activa

dentro del proceso si no que prácticamente se allana a la responsabilidad que le endilga directamente la ineficacia del traslado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el recurso de alzada y la respectiva contestación a la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora, solicitó que se confirme la sentencia. Colfondos guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la parte actora el 26 de noviembre de 1956 (Exp. Digital: 01 EXP 2019-360.pdf, pág. 12), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante las accionadas el 31 de octubre de 2018, 29 de abril de 2019 COLPENSIONES el día 22 de febrero de 2020 (Pág. 19 a 24), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado el equivalente en servicios al distrito de Bogotá un total de 585,14 semanas de cotización al RPMPD en CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL DISTRITO DE BOGOTÁ (Págs. 13 a 18), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según la certificación emitida por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y del SIAFP (págs. 131-132), acaeció el 20 de octubre de 1995, sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente el aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntad de traslado.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la

iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, pues la AFP demandada no demostró siquiera el acto de afiliación, con lo cual puede concluir esta Corporación que no se logró demostrar la suscripción del formulario de afiliación de la actora al RAIS; circunstancia por lo cual, al no existir una prueba fehaciente que enrostre el procedimiento con el cual se trasladó de régimen pensional la demandante, más exactamente su formulario de afiliación, es por lo que atendiendo lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dentro del presente asunto no hay prueba si quiera sumaria que advierta que el traslado que ostenta la actora en la actualidad como afiliada al RAIS lo haya efectuado en forma libre y voluntaria según lo dispuesto en la norma, aspecto que también conlleva a que no se dé aplicabilidad a lo regulado en el literal e) del mentado artículo 13 de la Ley 100, el cual fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y que refiere a la escogencia del régimen de la preferencia del afiliado.

De este modo, es claro que no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a COLFONDOS, a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP COLFONDOS.

Así, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (20 de octubre de 1995, págs. 131-132), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las

consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado previamente ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Aunado a ello, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:

«Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016».

En la misma dirección se debe señalar, tampoco es relevante que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

De otra parte, frente al hecho de que el actor antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL DISTRITO -Hoy FONDO DE PRESTACIONES, CESANTIAS Y PENSIONES – FONCEP-, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliado al régimen de prima media con prestación definida, es decir, que siendo hoy COLPENSIONES la única administradora del citado régimen, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación del demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado irregular de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

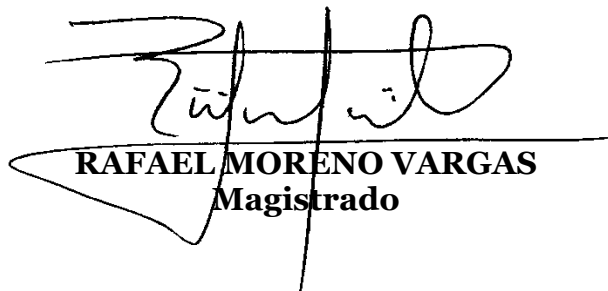
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

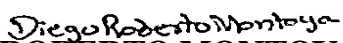
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado AMALIA MORA ALONSO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-030-2017-00604-01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **AMALIA MORA ALONSO** pretende que se declare que existió un contrato de trabajo del 01 de abril de 1993 al 01 de enero de 2011 con la señora Claudia Marcela Giraldo, el señor Miguel Giraldo y la señora Graciela Cristancho (q.e.p.d.), del cual, la demandada COLPENSIONES debe emitir la liquidación del cálculo actuarial, a fin de que los empleadores realicen el pago de los aportes. Asimismo, solicitó se declare que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuenta con más de 750 semanas en tiempos de servicios a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, se condene a los demandados Marcela Giraldo Cristancho y al señor Miguel Giraldo a pagar el cálculo actuarial de los aportes correspondientes a pensión por el período del 01 de abril de 1993 al 01 de enero de 2011, a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin que dependa ello del pago de los demandados Marcela Giraldo y Miguel Cristancho, en razón de la declaratoria del contrato de trabajo, todo esto indexado según su causación, finalmente se condene

a lo que resulte probado en el proceso así como al pago costas y agencias en derecho a cargo de la parte demandada.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, afirmó que nació el 24 de julio de 1949, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad, por lo cual es beneficiaria del régimen de transición. Agregó que se afilió el 01 de enero de 1967 al Instituto de Seguros Sociales –ISS, completando al 31 de agosto de 2014 1000 semanas de cotización, reflejadas y contabilizadas en su historia. Expuso que el 18 de noviembre de 2016, a través de apoderado solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, pero través de la Resolución GNR 17063 del 16 de enero de 2017, COLPENSIONES la negó omitiendo el análisis del régimen de transición y las semanas cotizadas antes del año 2014. Mencionó que al 31 de agosto de 2014, tenía más de 1000 semanas cotizadas, no obstante, explicó que no completó 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, debido a la omisión de afiliación y de cotización de sus empleadores a partir del contrato celebrado desde mayo de 1993, llevado a cabo en la residencia de la señora Claudia Cristancho, Miguel Giraldo y la señora Marcela Giraldo, en la ciudad de Bogotá, donde desempeñó funciones de servicios generales. Informó que, desde el año 2004, fecha del fallecimiento de la señora Claudia Cristancho, su horario de trabajo cambió. Preciso que el extremo laboral final de la relación laboral fue en enero del 2011, cuando por sus condiciones de salud no pudo seguir trabajando y presentó renuncia, reiteró que sus empleadores no realizaron las correspondientes cotizaciones a pensión, y omitieron realizar la correspondiente afiliación al sistema de pensiones desde mayo de 1993 hasta enero de 2011, mencionando que los pagos de salario eran realizados de forma personal, en efectivo y diariamente, y su valor siempre fue el equivalente al salario mínimo legal vigente para la fecha de prestación del servicio. Aseguró que el 27 de junio de 2017, puso en conocimiento de COLPENSIONES la existencia de relación laboral, solicitando la corrección de su historia laboral y la realización de los cobros coactivos por los períodos de enero a agosto de 1995 y de septiembre de 1995 a agosto de 2005, allegando el correspondiente certificado laboral emitido por la demandada, de lo cual obtuvo respuesta el 03 de agosto de 2017, en donde le manifestaron que no se registraban pagos por parte del empleador por dichos períodos, añadiendo que COLPENSIONES no realizó las acciones de cobro coactivo en contra del empleador, a fin de obtener la satisfacción de los aportes en mora, por lo que el 21 de julio de 2017, interpuso derecho de petición a la demandada Marcela Giraldo, requiriéndola para que realizare sus aportes en mora a Pensión desde marzo de 1993 hasta agosto de 2005, de la cual no obtuvo repuesta, y en consecuencia, el 22 de mayo de 2014 y

el 18 de noviembre de 2016 radicó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez a COLPENSIONES, recibiendo respuesta negativa a través de las Resolución GNR 259520 del 15 de julio de 2014 y Resolución GNR 17063 del 16 de enero de 2017. (Expediente Digital. EXPEDIENTE SCANEADO 2017-00604 Págs. 47 a 59).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de las mismas, argumentando para tal efecto que no existen medios de pruebas contundentes e idóneos que lleven al convencimiento de las pretensiones, no obstante, señaló que en el hipotético caso de ser vencida la entidad y se ordene el reconocimiento de la pensión, solicita se ordene al presunto empleador realizar el pago de los respectivos aportes a la COLPENSIONES, junto con los intereses por mora en el pago. Por lo demás, advirtió que la actora efectuó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, para obtener la mencionada prestación por vejez cuando ya había cumplido 55 años de edad, con lo cual cumplió con el requisito de la edad mínima, sin embargo, no cumple con el segundo requisito, puesto que no logró acreditarlo, expirando su régimen de transición hasta el año 2010, fecha en la cual no contaba con las mil semanas de cotización en cualquier tiempo, así como tampoco acreditó el cumplimiento de un total de 500 semanas en los 20 años anteriores a la fecha en que cumplió la edad. Consideró que no vulneró ningún derecho pensional, así como tampoco fue negligente al haber procedido a realizar el estudio de la pensión conforme a los reportes de semanas cotizadas, pues mencionó que, en efecto, la señora demandante en un principio fue beneficiaria del régimen de transición, pero lo perdió al no cumplir con los presupuestos del Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso las excepciones de «inexistencia de la obligación», «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe», e «innominada o genérica» (Expediente Digital. EXPEDIENTE SCANEADO 2017-00604. Págs. 80 a 83).

Mediante auto del 02 de febrero de 2018 se ordenó el emplazamiento de las demandados MIGUEL GIRALDO y CLAUDIA MARCELA GIRALDO, y se designó curador Ad Litem, dándose contestación a la demanda manifestando que se atenía a lo demostrado y probado en el curso del proceso y que se oponía a todas y cada una de las condenas en el evento de no resultar probados debidamente los hechos base de la demanda. No propuso excepciones (Expediente Digital. EXPEDIENTE SCANEADO 2017-00604 Págs. 290 a 253).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de noviembre de 2021, declaró que entre la señora CLAUDIA MARCELA GIRALDO, como empleadora, y la señora AMALIA MORA ALONSO, como trabajadora del servicio doméstico, existió una relación laboral desde el 25 de agosto de 1993 hasta el 25 de agosto de 2005. Condenó a la empleadora a reconocer y pagar a favor de la trabajadora, el cálculo actuarial de los aportes pensionales causados desde el 1° de febrero de 2004 hasta el 25 de agosto de 2005 dirigido a COLPENSIONES, teniendo en cuenta el SMLMV vigente para cada anualidad. Ordenó a COLPENSIONES elaborar el cálculo actuarial de los aportes pensionales causados entre el 1° de febrero de 2004 hasta el 25 de agosto de 2005; absolvió al señor MIGUEL ANGEL GIRALDO, de todas y cada una de las pretensiones, y condenó en costas a la señora CLAUDIA MARCELA GIRALDO.

Para sustentar la decisión, en síntesis, indicó que, no hay discusión respecto de que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales, adujo que en las pruebas allegadas se encontró probada la relación laboral entre la demandante y la señora CLAUDIA MARCELA GIRALDO, pero no a la fecha que la demandante indicó, toda vez que de la certificación expedida para el 25 de agosto de 2005, en la parte final se afirma que doce años atrás se encontraba laborando, por lo que los doce años empezarían a contarse desde el 25 de agosto de 1995, no obstante, detalló que desde 25 de agosto de 1993 y hasta el 30 de enero de 2004 laboró tres días a la semana, pues a partir del 01 de febrero de 2004 al 25 de agosto de 2005 laboró jornada completa a excepción del día miércoles, quedando clara la prestación personal del servicio, siendo aplicable la presunción del art. 24 del CST, existiendo un contrato de trabajo a término indefinido, sin solución de continuidad, entre el 25 de agosto de 1993 al 25 de agosto de 2005, desempeñando las labores de servicio doméstico y devengando un salario mínimo. Expuso que frente a lo pretendido contra el señor MIGUEL ANGEL GIRALDO no hubo prueba que demostrare que existió una relación laboral, por lo que absolvió las mismas. Informó que con ocasión a la expedición de la Ley 797 de 2003, la relación llevada a cabo entre el 01 de febrero de 2004 hasta el 25 de agosto de 2005 hace correspondiente el pago de los aportes sobre el SMLMV, y entre el periodo comprendido entre el 25 de agosto de 1993 hasta el 31 de enero de 2004, no estaba obligada la empleadora a hacer los aportes al sistema de Seguridad Social cuando no laboraba jornada completa, pues la obligación de hacer aportes al Sistema de Seguridad Social surge con la expedición del Decreto 2616 de 2013. De acuerdo a lo señalado en el art. 22 de la Ley 100 de

1993, agregó que la demandada debe responder por el pago total de aportes, y dado que no se acreditaron los mismos por el tiempo laborado en jornada completa, este pago debe ser asumido por la empleadora, atendiendo además a lo dispuesto en el parágrafo 01 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aunado a lo dispuesto en el art. 22 de la misma Ley. Adujo que, según como fue declarado por la demandada y según lo establecido en la Historia Laboral expedida por COLPENSIONES, si bien es cierto que se hicieron cotizaciones desde el 01 de febrero de 2004 hasta el 25 de agosto de 2005 de forma personal por la demandante, la señora CLAUDIA MARCELA GIRALDO se encuentra también en la obligación de realizar los aportes conforme a lo dispuso la Ley 797 de 2003, por lo que debe pagar el cálculo actuarial de los aportes pensionales desde el 01 de febrero de 2004 hasta el 25 de agosto de 2005, pago que deberá efectuarse a COLPENSIONES teniendo en cuenta el SMLMV, sin el pago por los días trabajados entre el 25 de agosto de 1993 hasta el 31 de enero de 2004 al no existir la obligación de los mismos. Mencionó que al estudiar la pensión de la actora bajo la Ley 100 de 1993, art. 33, modificada por la Ley 797 de 2003, allí se establece como requisitos tener 1300 semanas o más de cotización y haber cumplido 57 años de edad, de los cuales la demandante no cumple con el primero de ellos, pues acreditó 276.29 semanas y tampoco cumple con lo señalado con el Acto Legislativo 01 de 2005.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandante apeló la decisión parcialmente, en cuanto al cálculo actuarial, al considerar que si bien fue acreditada la relación de la actora con la demandada CLAUDIA MARCELA GIRALDO de agosto de 1993 a agosto de 2005, solamente se está ordenando el pago de los aportes desde febrero de 2004 hasta agosto de 2005 teniendo en cuenta la prestación del servicio, por lo que estimó que el cálculo actuarial debe efectuarse desde el momento en que quedó probada la relación laboral, es decir, 25 de agosto de 1993, de manera que la señora CLAUDIA MARCELA GIRALDO debe ser condenada al pago de estos aportes también, y a su vez, COLPENSIONES debe emitir el cálculo actuarial teniendo en cuenta la fecha referenciada; expresó que se aparta de lo considerado respecto de que la demandada no es beneficiaria al régimen de transición, con base en que la actora cumplió 55 años el 24 de julio de 2004 y para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 contaba con más de 35 años de edad, así entonces, con las semanas cotizadas complementarias, la demandante tendría más de las 500 semanas exigidas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionante alegó en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se revoque parcialmente la decisión de primera instancia. La accionada COLPENSIONES solicitó se confirme la decisión mientras que la demandada CLAUDIA MARCELA GIRALDO guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala determinar si procede el pago de cálculo actuarial por el periodo no cotizado por el empleador y laborado de la demandante, y si hay a la pensión de vejez solicitada incluyendo dicho tiempo.

CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se advierte que no es objeto de discusión en esta instancia judicial, la existencia del contrato de trabajo entre la demandante como trabajadora del servicio doméstico y la demandada señora CLAUDIA MARCELA GIRALDO desde el 25 de agosto de 1993 hasta el 25 de agosto de 2005 y no fue objeto de reproche por ese extremo.

CALCULO ACTUARIAL

Como lo ha reiterado insistentemente el órgano de cierre de la especialidad, en caso de no afiliación o afiliación tardía por parte de un empleador, ello apareja la obligatoriedad de que este último pague con destino a la entidad administradora a la que se encuentra afiliado el trabajador o aquella que escoja, el respectivo título pensional o cálculo actuarial, de conformidad con lo dispuesto por el 9° de la Ley 797 de 2003, dicho cálculo actuarial debe ser liquidado en la forma reglamentada por el Decreto 1887 de 1994, incluso, en pluralidad de pronunciamientos se puso de presente que a pesar que dicho traslado del capital a cargo del empleador omiso se estatuyó con la Ley 100 de 1993, ello no implica que no se haga extensivo inclusive a aquellas relaciones laborales que no se encontraran vigentes al 23 de diciembre de 1993 cuando se expidió dicha Ley, y ello se ha entendido así, en la medida que la obligación del empleador de responder por el tiempo que le ha servido un trabajador no es naciente con la Ley 100 de 1993, pues esta responsabilidad ha estado permeada en esencia desde la creación del Instituto de Seguros Sociales y el llamado a

inscripción al sistema, razón por la cual, el propósito de las modificaciones legales y reglamentarias introducidas, entre otras, con el inciso 6 del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, y el Decreto 1887 de 1994, es regular la forma de computar esos tiempos laborados sin afiliación para que sirvan de financiación al derecho pensional a través del cálculo actuarial.

De igual forma, ha sido cuidadoso el Alto Tribunal de cierre de la especialidad, en precisar que esta situación dista del tratamiento que se da frente a la caso de la «mora»¹ en el pago de aportes, pues su único efecto común es que efectivamente con arreglo a lo previsto en los literales c) y d) del parágrafo 1) del artículo 33 de la 100 de 1993, en todo caso se debe endilgar a la entidad administradora el reconocimiento y pago de la pensión, aun tratándose de prestaciones derivadas de la aplicación del régimen de transición, pues con excepción de lo dispuesto por el tiempo, edad y monto que se gobierna por el régimen anterior, en todo lo demás, o sea la causación, el reconocimiento y demás condiciones y requisitos del derecho se rigen por la Ley 100 de 1993, esto, incluida la posibilidad de *«recuperar los tiempos no cotizados, específicamente por alguna omisión en la afiliación del empleador»*.

Ahora bien, tanto en la sentencia SL-051-2018, como específicamente en la sentencia SL4388-2015, ha sido unánime la doctrina probable de la especialidad, en que insoslayablemente el reconocimiento pensional, deviene por efecto del pago del cálculo actuarial, o en sede judicial, de la declaratoria que haga el Juez Laboral del contrato de trabajo y consecuente orden impartida al empleador omiso del pago del título pensional, pues sólo así surge diáfana la obligación del empleador del traslado del cálculo actuarial, es decir, que en este escenario judicial no puede el Juez mantener en cabeza de la entidad la obligación de reconocer la prestación con inclusión de dichos tiempos, sin que al menos se condicione a la orden a cargo del empleador de asumir los efectos económicos y actuariales del tiempo servido a través del título pensional, dicho de otra manera, razonó la citada Colegiatura, en el segundo de los pronunciamientos en cita que: *«la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, **pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial** a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes»*, y en esa misma dirección, acentúa la necesidad de que se haga la declaratoria del contrato y se imparta una orden expresa al empleador al indicar que

¹ CSJ SL-051-2018

«en anteriores oportunidades en las que se ha discutido la existencia del contrato de trabajo y se ha optado por declararlo, ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional».

Ahora bien, como pudo verificarse en precedencia el a quo se abstuvo de conceder el cálculo actuarial por todo el tiempo laborado, pues únicamente ordenó el pago del mismo por el tiempo laborado ente 01 de febrero de 2004 y el 25 de agosto de 2005, respecto al pago de los aportes por el tiempo laborado entre el 25 de agosto de 1993 y el 31 de enero de 2004, consideró que no había lugar al mismo en tanto y en cuanto la actora sólo había laborado tres días a la semana, razón por la cual, el empleador no estaba obligado a hacer los aportes al sistema de Seguridad Social cuando no laboraba jornada completa, pues tal obligación surgió, apenas, con la expedición de la Ley 797 de 2003 en concordancia con la expedición del Decreto 2616 de 2013.

Para dilucidar lo anterior, de entrada no comparte tal posición la Sala, pues desde la Ley 11 de 1988, los empleadores tienen la ineludible obligación de afiliar a los trabajadores dedicados al servicio doméstico para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lo cual encontró pleno respaldo constitucional en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, que elevó a rango fundamental el derecho irrenunciable a la seguridad social y sentó las bases para la ampliación de la cobertura de las garantías que lo desarrollan, así como refrendación legal, teniendo en cuenta que según el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, todo aquel vinculado mediante contrato de trabajo será un afiliado obligatorio al sistema de seguridad social en pensiones.

En tal medida, la omisión de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, es una conducta que el ordenamiento jurídico reprocha a los empleadores y que, por tanto, genera consecuencias, así no se satisfagan los supuestos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, pues como lo ha adocinado en forma recurrente la Alta Corporación, *«[...] el simple trabajo, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En tal sentido, la Sala ha defendido la tesis de que «la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente*

o dependiente, en el sector público o privado» (CSJ SL14215-2017, que reitera la CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 33476).

Ahora, vale precisar que la alternativa señalada en la Ley 11 de 1988, en momento alguno perdió vigor con la expedición de la Ley 100 de 1993; todo lo contrario, su artículo 18 fue claro en señalar el pago de los aportes en proporción al tiempo y salario devengado, máxime que el inciso cuarto de tal disposición, dejó en vigor tal disposición. Opción esta que, contrario a lo que dilucidó el juez a quo, cobró mayor fortaleza con la expedición de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 2616 de 2013; por tanto, mal se podría concluir que la empleadora no está obligada a pagar los aportes por el tiempo en que se ejecutó la relación laboral por tres días a la semana, pues se debe cotizar al sistema de seguridad social conforme a los días laborados, sólo que ya no lo harán con fundamento en el salario en *dinero* pagado al trabajador(a) del servicio doméstico por cada uno de ellos, que en ningún caso podía ser inferior al 50% del SMLMV, como lo decían los artículos 1º y 3º de la citada Ley 11 de 1988, sino que deberán ahora efectuar los aportes con base en el salario mínimo mensual legal vigente, desde luego en caso de percibir el trabajador un salario inferior al SMLMV, así lo estableció claramente el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, cuando al efecto señaló *«En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente»*.

Corolario de lo anterior, la Sala concluye que erró el A quo al considerar que no había lugar a ordenar el cálculo actuarial por haber ostentado la demandante la calidad de trabajadora del servicio doméstico y haber laborado únicamente tres días a la semana, pues es claro que tiene derecho a que se le efectúen las cotizaciones a la seguridad social teniendo en cuenta los días efectivamente laborados con cada una de ellas; sin que tales aportes puedan ser inferiores al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, que es como lo establece el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, y lo ratificó la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad mediante sentencia CC C-967 de 2003.

Por lo dicho, es claro en este caso que al estar determinado que la accionada **CLAUDIA MARCELA GIRALDO** no afilió a la actora al sistema de pensiones durante el período indicado en la sentencia de primer grado, le corresponde el pago de los mismos a través de la elaboración del cálculo actuarial, que corresponde hacerlo a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliada la demandante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto,

que es el fondo de pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en ultimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sus decisiones, siempre ha ordenado el pago del respectivo calculo actuarial sin especificar de ante mano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:

«Al pago de los aportes por concepto de pensiones conforme al cálculo actuarial que determine la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, o se afiliare si no lo está».

En esa línea decisonal, se concluye que hay lugar al pago el cálculo actuarial por todo el tiempo laborado donde no hubo afiliación a cargo de la aludida empleadora, desde el 25 de agosto de 1993 hasta el 25 de agosto de 2005, en los términos indicados en precedencia, razón por la cual habrá de modificarse la decisión de primer grado en este puntualísimo aspecto.

PENSIÓN DE VEJEZ

Determinado lo anterior, dichos ciclos de cotización deben ser contabilizados con fines pensionales a favor de la afiliada en la medida que la falta de afiliación no puede ir en menoscabo de sus derechos pensionales, cuando efectivamente prestó su fuerza laboral a favor de un empleador. En esa medida, se deben tener en cuenta en la historia laboral de la actora 618,43 semanas las cuales corresponden a los ciclos que no existió afiliación, según fue advertido anteriormente. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta diáfano afirmar que la actora cuenta en toda su historia laboral un total de 1296,30, habiéndose descontado desde luego aquellos aportes realizados por la demandante como independiente a través del régimen subsidiado entre el 01 de febrero del año 2001 y el 25 de agosto de 2005, equivalentes a 333,57 semanas.

En consecuencia, se analizará el reconocimiento pensional, para lo cual se tiene que la demandante nació el 24 de julio de 1949 (Pág. 03), lo que permite concluir que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 44 años de edad, por lo que se colige que es beneficiaria del régimen de transición y teniendo en cuenta que cumplió la edad de 55 años el 24 de julio de 2004, antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo 001 de 2005, es viable estudiar el derecho a la pensión de vejez en los términos solicitados, esto es, del Acuerdo 049 de 1990. Ante lo cual, encuentra la Sala que la demandante cuenta con cotizaciones desde 01 de enero de 1967 y hasta el 24 de julio de 2004 acumula 838,56 semanas, de las cuales,

810,56 corresponden a sus últimos veinte años de vida, es por lo que acredita más de 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 24 de julio de 1984 y el 24 de julio de 2004 (historia laboral págs. 95 a 99), suficientes para configurar la pensión de vejez en los términos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la anualidad ídem, de ahí que deba revocarse la decisión de primera instancia.

Ahora bien, la pensión debe reconocerse a partir del 01 de septiembre de 2014, pues de acuerdo con la historia laboral de la actora, se observa que la última cotización se efectuó el 31 de agosto de 2014; y con relación al monto de la prestación, será el equivalente a 1 S.M.L.M.V., cifra que se corresponde con el valor de las cotizaciones que en vida efectuó la demandante y que además es el valor mínimo en que puede ser reconocida la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, con independencia de que la forma de cotizar en este asunto en particular haya sido por días durante parte de la relación laboral. De igual modo la prestación debe reconocerse sobre 14 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó antes del 31 de julio de 2011 y es inferior a 3 SMLMV, en los términos del parágrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por último, con ocasión de la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES esta resulta impróspera, ya que, conforme se advierte de los actos administrativos expedidos por dicha entidad, la demandante efectuó el reclamo de la prestación el 18 de noviembre de 2016, la cual fue denegada a través de la Resolución GNR 17063 del 16 de enero de 2017 (Págs. 30 a 34), por lo que en los términos del artículo 151 del CPT y SS, ésta contaba con 3 años a partir de esta fecha para presentar la respectiva acción judicial, lo que en efecto ocurrió, pues basta con remitirnos a la página 59 del expediente digitalizado, para advertir que la demanda fue presentada el día 25 de septiembre de 2017, de modo que no resultaron afectadas con el fenómeno de la prescripción ninguna de las mesadas causadas hasta la fecha.

Establecido lo anterior, el retroactivo pensional se calcula desde el 01 de septiembre de 2014 hasta el 31 de marzo de 2020, arrojando una suma de \$82.620.856:

CALCULO DEL RETROACTIVO DE MESADAS				
DESDE	HASTA	MESADAS	MESADA CALCULADA	RETROACTIVO
1/09/2014	31/12/2014	5	\$616.000	\$3.080.000
1/01/2015	31/12/2015	14	\$644.350	\$9.020.900
1/01/2016	31/12/2016	14	\$689.450	\$9.652.300
1/01/2017	31/12/2017	14	\$737.717	\$10.328.038
1/01/2018	31/12/2018	14	\$781.242	\$10.937.388
1/01/2019	31/12/2019	14	\$828.116	\$11.593.624
1/01/2020	31/12/2020	14	\$877.803	\$12.289.242

1/01/2021	31/12/2021	14	\$908.526	\$12.719.364
1/01/2022	31/03/2022	3	\$1.000.000	\$3.000.000
TOTAL RETROACTIVO DE LAS MESADAS			\$82.620.856	

Sobre dicho retroactivo se condenará a la indexación, tal y como fue solicitado en la demanda, ello, con la finalidad de paliar el efecto negativo que genera la devaluación del peso colombiano.

Finalmente, se autorizará a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

Por lo expuesto, se revocará parcialmente la sentencia proferida en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron; las de primera instancia, dadas las results del proceso correrán a cargo de parte accionada.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de precisar que tanto la condena, como la orden allí impartida a las accionadas comprenden el cálculo actuarial de los aportes pensionales causados desde el 25 de agosto de 1993 hasta el 25 de agosto de 2005, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **condenar** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a la señora **AMALIA MORA ALONSO**, la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del 01 de septiembre de 2004, en cuantía inicial del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante **AMALIA MORA ALONSO** el retroactivo pensional por la suma de \$82.620.856, el cual correspondió al valor total de las mesadas causadas a partir del 01 de septiembre de 2014 hasta el 31 de marzo de 2022, conforme a lo considerado, sin perjuicio de las que en lo sucesivo se sigan causando por catorce (14) mesadas anuales. Sumas que deberán indexarse al momento de su pago.

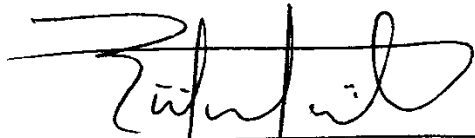
CUARTO: AUTORIZAR a la entidad accionada para que efectúe los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud que correspondan del retroactivo pensional, conforme fue definido en la presente decisión.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

SEXTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte accionada, incluida COLPENSIONES, dadas las results del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

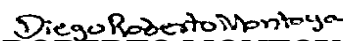
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CONSUELO ROJAS DE LA CRUZ contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-033-2018-00376-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **CONSUELO ROJAS DE LA CRUZ**, pretende que se declare la existencia de un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con la AFP PORVENIR S.A., por haberse ocultado información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación a la AFP antes mencionada, específicamente el hecho de no haberse informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en COLPENSIONES. Solicitó que se declare nulo el traslado de régimen pensional realizado y promovido por la AFP PORVENIR y los traslados posteriores; en consecuencia, se declare que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES y que nunca dejó de pertenecer al RPMPD. Se condene a la AFP COLFONDOS S.A. y a la AFP PORVENIR S.A., como administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados, así mismo, como consecuencia de dicho traslado se condene a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarla como

su afiliada. Finalmente, solicitó que se condene a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 1° de marzo de 1965 y cotizó al ISS desde el 28 de enero de 1985 hasta el 30 de abril de 1994 un total de 268.57 semanas además de las cotizadas a otros fondos de previsión. El 13 de abril de 1994, se trasladó de régimen a la AFP PORVENIR S.A., ya que los asesores de esta AFP le manifestaron que se pensionara con un monto mayor al que tendría derecho en el I.S.S. hoy COLPENSIONES y que, además, accedería a su derecho a una edad más temprana. El 23 de Noviembre de 1994, se trasladó al Fondo de Pensiones HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. Manifestó que la información que fue dada por PORVENIR S.A. para la decisión que la llevó a optar por cambio de régimen, así mismo, nunca ofreció elementos de juicio ni información veraz y acorde con la situación previa a la afiliación, ni tampoco le suministró los datos legales suficientes para que de una forma consciente decidiera cual era el régimen pensional que más le convenía, así como tampoco se le informó acerca del derecho de retracto que podía ejercer. La anterior situación vició el consentimiento y la indujo a error al hacerle creer que tendría un escenario mejor de pensión, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber ya que se tenía que pensionar a los 57 años de edad y con un monto inferior al que le otorgaría el RPMPD administrado por el ISS. El 21 de octubre de 1997, se trasladó al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., quienes tampoco suministraron la información necesaria para la toma de una decisión informada y consciente frente a las ventajas y desventajas de estar en un fondo. El 12 de junio de 2007, regresó al fondo de pensiones Porvenir S.A., oportunidad en la cual tampoco le suministraron una asesoría completa acompañada de una proyección pensional en donde se le informara el valor aproximado de su mesada pensional junto con las consecuencias de dicha afiliación y la manera en que funcionaba el RAIS a diferencia del RPM. Manifestó que por error se afilió al fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. con la confianza y certeza que sus beneficios pensionales serían más favorables que los ofrecidos por el ISS. Transcurrido el tiempo, se dio cuenta que lo ofrecido por Porvenir S.A., no se ajustaba a la realidad, el traslado de régimen pensional implicaba la disminución de su mesada pensional en más de un 70% que la otorgada por el ISS hoy Colpensiones. Que en el año 2003 se estableció el Decreto 3800 el cual reglamentó el traslado entre regímenes pensionales y otorgó un periodo de gracia para el traslado del RAIS al RPMPD por una única vez desde el 29 de enero de 2003, fecha de promulgación de la Ley 797 de 2003 hasta el 28 de febrero de 2004, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la AFP, siendo su deber el informar al usuario. Posteriormente, solicitó el 03 de mayo de 2018 a Porvenir la invalidación de la afiliación y el traslado a Colpensiones. De igual forma radicó el 03 de mayo de

2018 en Colpensiones la solicitud de afiliación al RPMPD. El 08 de mayo de 2018, Porvenir negó la nulidad de la afiliación y el traslado a Colpensiones. El 03 de mayo de 2018, Colpensiones negó la nulidad de la afiliación y el traslado a Colpensiones y no concedió recurso alguno (fls. 64 a 70).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias, argumentando para tal efecto, que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación de la AFP Porvenir. Sostuvo que la solicitud del traslado al RPM se presentó ante Colpensiones el 3 de mayo de 2018 y se obtiene que para aquella data contaba con 53 años de edad, concluyéndose así que la demandante estaba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el estatus de pensionada y dado que no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1º de abril de 1994, tal como se puede evidenciar de su historia laboral, pues la demandante se afilió al ISS el 28 de enero de 1985 no contando entonces con cotizaciones para la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, resultaría improcedente su traslado. Expuso que el traslado de la demandante se realizó en el año 1994, época en la cual la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto procedería únicamente para aquellos traslados entre regímenes que se efectuaran a partir del año 2014, argumento que desvirtuaría las pretensiones de la demanda en razón a que estas se fundamentan en la falta de información por parte de los representantes de la AFP Porvenir, obligación que solo se instauró en el ordenamiento jurídico hasta el año 2014. Propuso como excepciones de mérito, las de «inexistencia de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (fls. 132 a 146).

A su turno, la **AFP COLFONDOS**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas, señalando que la afiliación de la demandante a esta entidad fue producto de un traslado de administradora dentro del mismo régimen de ahorro individual y que la afiliación inicial se realizó a Porvenir. Manifestó, que en el evento en que el despacho declare la nulidad de esa primera afiliación, se allanaba a las consecuencias que puedan derivarse del traslado de administradora, salvo cualquier condena que se pudiere llegar a imponer a esta entidad por condena a costas procesales o eventuales indemnizaciones por perjuicios. Finalmente se opuso a que se imponga condena en costas por cuanto la misma no se encuentra obligada al reconocimiento de las pretensiones de la actora, así mismo, en consideración a la manifestación de

allanamiento contenida en el numeral tercero del anterior acápite. Propuso como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación con Colfondos», «inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A.», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (folios 179 a 184).

La **AFP PORVENIR** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas, por cuanto la información suministrada a la demandante al momento de afiliarse a Porvenir S.A., se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia. Indicó ser claro entonces que el demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre y espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (folios 188 a 196).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del acto del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS realizado a través de Horizonte hoy Porvenir el día 13 de abril de 1994 y consecuentemente, las cosas deben retrotraerse al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporte. Condenó a Porvenir S.A. a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegaron a ese fondo en los periodos en los que estuvo afiliada sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantías de la pensión mínimo. Ordenó a Porvenir S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata la totalidad de los dineros que a títulos de aporte fueron pagados por la demandante junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido el bono pensional y demás integrante de su cuenta de ahorro individual sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de

garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS. Ordenó a Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPMPD por ella administrado sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial. Fijó costas a cargo de las demandadas.

Para arribar a tal conclusión, consideró la A quo, en síntesis, que no encontró generada ineficacia alguna por el aspecto temporal, por contravención de los términos mínimos de permanencia, procedió a estudiar si el acto de afiliación se encontró viciado por infracción a los deberes de información, asesoría y buen consejo, respecto a ello explicó que, con base en la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia y las disposiciones legales pertinentes se han indicado parámetros para cumplir con el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones desde la expedición de la Ley 100 de 1993 para que así se brinde la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, y que la misma firma planteada en los formularios no es prueba suficiente de un consentimiento informado para tener la información completa y que de igual manera le corresponde al fondo al que se encuentra afiliada la accionante donde se debe comprobar que se cumplió con el deber que le asistía al momento del traslado de régimen pensional. Mencionó que se ha venido legislando respecto de las obligaciones en cabeza de los fondos encargados de administrar las pensiones pasando de un deber de información a un deber de asesoría y de buen consejo hasta llegar al deber de doble asesoría, resaltando que para el año en que se hizo el traslado de la actora ya existía ese deber de información y en voces de la Corte ese deber era la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, es decir, que de manera general se debía ilustrar para los potenciales afiliados de las características generales de cada uno de los regímenes indicándoles entonces los requisitos con que se pensionan en cada uno de ellos y explicando la modalidad para que los afiliados puedan entender y conocer los regímenes de cada uno de ellos y así se pueda tomar una decisión. Consideró que en efecto no se demostró que a la accionante se le haya ilustrado sobre los regímenes pensionales y al estar viciado el primer traslado del RAIS, no tienen validez los actos que de él deriven, pues la decisión de escogencia de Régimen no implica en principio la ratificación de la decisión del cambio de Régimen, lo que conllevaría a modificar el sentido de los derechos profesionales. Finalmente, en lo relativo a los gastos de administración, precisó que las administradoras de fondos deben asumir los deterioros del bien administrado y por lo tanto deben ser devueltos.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR**, interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia con el fin de que se revoque en su totalidad la condena impuesta, en la medida que para el momento en el cual se efectuó el traslado con esta entidad, estaba en plena capacidad de adquirir todo tipo de obligación, por lo cual no hay lugar a indicar que existió algún tipo de vicio en la decisión de la demandante en trasladarse pues fue de manera libre, voluntaria y sin presión alguna conforme lo manifestó en el interrogatorio de parte. Indicó que conforme a lo establecido en el Código Civil en el artículo 1502, para que un contrato sea válido y genere efectos debe cumplir los requisitos como lo son la capacidad de las partes, la declaración de la voluntad, que recaiga sobre un objeto lícito o causa lícita, situaciones que se presentan dentro del presente proceso las cuales se pueden establecer con el formulario de afiliación. Que sí le brindó la información a la demandante, la cual a través del formulario y en el interrogatorio de parte manifestó que sí conocía características propias del RAIS, así mismo, al momento de la afiliación recibió asesoría por parte del asesor enviado por la entidad, tanto así que manifestó que se le acercó de manera individual a ella a brindarle asesoría. De igual manera, para el momento en el cual se efectuó la afiliación con Porvenir S.A., el único requisito que exigía la ley para declarar válido el traslado que efectuó la demandante era el formulario en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo cual se le debe dar un valor probatorio importante y relevante al formulario de afiliación, no menos importante es que también se debe tener en cuenta el interrogatorio el que absolvió la parte demandante en el cual manifestó que sí conocía ciertas características del RAIS, por lo cual no es pertinente decir que la misma no contaba con información. Así mismo contaba con el derecho de retracto tanto al momento en el cual se afilió en primera instancia con esta entidad como con posterioridad a la afiliación con Porvenir. Aunado a lo anterior, expuso que, conforme a lo estipulado por la Ley, procedió a efectuar una publicación en el diario El Tiempo en el cual informaba la posibilidad a los afiliados del RAIS de trasladarse, por lo cual no es la oportunidad para que la demandante alegue una ineficacia o nulidad del traslado por falta de información, la cual se le dio en los términos establecidos por la Ley para el entonces. En cuanto a la carga de la prueba, aclaró que dentro del presente proceso, si bien la única y más importante prueba es el formulario, no se puede pretender restarle validez al mismo en la medida que para el momento de la afiliación como ya se ha reiterado, era la prueba idónea o el requisito principal para que se diera el traslado, por lo cual no se puede en este momento solicitar a esta entidad que aportara algún otro tipo de prueba que constara que se le dio la información a la demandante, pues de hacerlo así esta entidad estaría tratando de conseguir pruebas las cuales no existen y no se requerían para el momento. Agregó

que la demandante recibió información y realizó tres traslados de manera horizontal. En lo que tiene que ver con el traslado de los gastos de administración, solicitó que no se condene, pues los mismos no son susceptibles de restitución en el entendido que al ser obligaciones de retractor sucesivo y afectar derechos de terceros como son las aseguradoras, los mismos no se hacen susceptibles de restituciones, además tienen un componente como son las comisiones por administración y en los términos del artículo 964 del Código Civil, no se está en la obligación de restituirlos pues no acredita mala fe en el traslado de la demandante, por el contrario, siempre le dio transparencia y le informó como lo manifestó en el interrogatorio de parte cada tres meses en su estado de cuenta entonces no se puede alegar que esta entidad hizo el traslado por beneficio propio, no menos importante es que los mismos no hacen parte de la pensión, por lo cual no se puede condenar en este momento a esta entidad al traslado de los gastos de administración.

A su turno, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la condena impuesta a esta entidad, pues el traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, además de no respetar el mandato legal que tiene la prohibición de trasladarse faltándole menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, causal en la cual la aquí demandante ya se encuentra inmersa. Si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia impone el deber del buen cuidado por parte de las administradoras, también es que los ciudadanos tienen obligaciones como afiliados incluso en su calidad como ciudadanos. Respecto a la información que alega no haber recibido la demandante, se encuentra la Ley 100 de 1993 y normas subsiguientes que son de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento de las cuales no se puede alegar el desconocimiento como excusa para no cumplirlas. Las AFP'S cumplieron con los requisitos normativos exigidos para la época para la cual se realizaron los traslados, no pudiendo las AFP'S negarse al traslado a personas que cumplen con los requisitos y hacen dicha solicitud y no podía el Seguro Social oponerse a dicha decisión que emana de la voluntad de la ahora aquí demandante de quererse trasladar en ese caso, el Seguro Social no podía oponerse, no podía negarse al traslado a la AFP. En este caso no hay una lesión injustificada de sus derechos pensionales, el único motivo de descontento es el monto de la mesada pensional, como quedó demostrado en el proceso este aspecto es variable en el RAIS y no se puede tener como violación a su derecho como afiliado. Por último, no se podría condenar a Colpensiones en costas debido a que los dineros de Colpensiones son dineros públicos y son única y exclusivamente para el pago de la seguridad social, no pueden ser usados para pagar o para cubrir otros rubros y por otro lado se tiene que Colpensiones actuó de buena fe, no está inmersa en el tema de haber hecho el traslado a la AFP, no tenía injerencia en dicho traslado, Colpensiones lo único que podía hacer cuando el demandante solicitó

el traslado era permitírsele ya que fue voluntad de ella, por eso no se podría condenar en costas al no ser culpable en este sentido.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. La parte actora, alegó en procura de su confirmación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 8 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 01 de marzo de 1965, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 03 de mayo de 2018 (Fls.27), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 262 semanas de cotización (fl. 12), no encontrándose en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 13 de abril de 1994 (Fl. 198), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación laboral que definen con criterio de autoridad esta problemática, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante no recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 198) plasmado en el formulario de afiliación a hoy PORVENIR S.A., estos no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la

demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen el 13 de abril de 1994 (fl. 198), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores así como del valor de las primas de seguros previsionales, todo lo cual debe retornar y de manera íntegra al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, lo cual legitima su reclamo y además porque pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a menos de diez (10) años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

«[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar a los recurrentes que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido incluida la recurrente COLPENSIONES, en este puntualísimo aspecto, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, tal como se ordenó en la sentencia.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

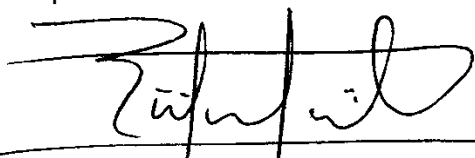
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
 Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
 Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
 Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de DEYANIRA EUNICE GARCÍA PEÑA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-034-2019-00484-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de noviembre de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS)

ANTECEDENTES

La señora **DEYANIRA EUNICE GARCÍA PEÑA** presentó demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, en el mes de octubre de 1994. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación, así como también se ordene a PORVENIR S.A. que por virtud del regreso automático al RPMPD, devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido en condición de última administradora del RAIS tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, así como todos sus frutos e intereses. Finalizó solicitando se condene conforme a las facultades ultra y extra petita, así como al pago de las costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 13 de junio de 1965 y que en el mes de octubre de 1992 se afilió al sistema de seguridad social administrado por el ISS. Que hacía el mes de septiembre de 1994, los asesores de PORVENIR S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse al RAIS asegurándole que el fondo que representaban contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, que podía acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista y en cuantía muy superior a la que podrían generar de permanecer en el RPMPD. Que se omitió realizar una proyección pensional que acreditara que el RAIS en realidad le podía ofrecer a la demandante condiciones más favorables en materia pensional. Destacó que omitió advertirle que a fin de contar con una expectativa pensional real en el RAIS, debía realizar aportes voluntarios adicionales a las cotizaciones fijadas de manera obligatoria por la ley para completar el capital mínimo requerido para acceder a una pensión de vejez o para equiparar la cuantía de la prestación que podría haber obtenido en el RPMPD, del mismo modo nunca se le puso de presente información clara y suficiente sobre los efectos que su decisión de traslado de régimen podría tener en su derecho pensional, específicamente sobre la expectativa legítima que en ese momento le asistía de que las condiciones previstas en el RPMPD le fueron aplicadas por resultar más favorables a su situación pensional. Agregó que solicitó una proyección pensional a la AFP PORVENIR, obteniendo como resultado que la pensión ascendería a un SMLMV, mientras que en el RPMPD sería de \$2.37.800. Concluyó que presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de fondo de pensiones, petitoria que a la fecha no ha sido resuelta (Expediente Digital: 01.11001310503420190048400 fls.1-124.pdf, Págs. 50 a 69).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a la prosperidad de las pretensiones, se absuelva de las mismas en razón a que no es procedente la declaración de la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, así como tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos en tanto que la afiliación fue libre, voluntaria y espontánea y fue producto de una decisión libre e informada, tal como se evidencia en el formulario de vinculación. Propuso como excepciones las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Expediente Digital: 01.11001310503420190048400 fls.1-124.pdf, Págs. 112 a 152).

A su turno la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error, así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria. Además precisó que, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante contaba con 28 años, no acreditando el requisito de edad ni los 15 años de cotización, razón por la cual no es beneficiaria del régimen de transición, ni tampoco contaba con ninguna expectativa legítima ni derecho adquirido en el RPM. Presentó como excepciones las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «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» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 04. Contestación COLPENSIONES fls. 159 a 468.pdf, Págs. 25 a 63)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, declaró la nulidad del traslado realizado el 1º de agosto de 1994 por la demandante del RPMPD al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A. Condenó a PORVENIR reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses o rendimientos que se hubieren causado. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR con motivo de la afiliación de la demandante. Condenó en costas procesales a la AFP PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló en síntesis que, del debate probatorio recaudado, la AFP PORVENIR omitió suministrar información suficiente para que la demandante tomara una decisión de traslado de régimen de manera consciente respecto a las consecuencias jurídicas que ello implicaría. Agregando que existe error cuando se omiten los datos que enmarcan la condición prestacional presente y futura, siendo así que resulta alterada la realidad al derecho al que se aspira. Mencionó que respecto a la información, aquella fue imprecisa por cuanto no se

realizó ningún tipo de estudio pertinente, ni proyección de la expectativa pensional debiendo hacerlo y teniendo como referentes los dos regímenes pensionales y como punto de partida las circunstancias de facto que en su momento rodeaban la configuración del derecho a la pensión de vejez de la demandante, en consecuencia, consideró demostrada la afectación en la que está inmersa la demandante, a quien no se le ofrecieron los medios suficientes que le permitieran reafirmar su decisión de traslado o de lo contrario determinar que el traslado al RAIS no sería de su conveniencia. Como consecuencia de ello, se configuró la ineficacia de ese traslado; y que, al restablecer a las partes a su estado inicial, como si el acto no hubiere nacido a la vida jurídica, la consecuencia lógica es que la demandante regrese nuevamente al RPMPD.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** apeló la decisión, con la finalidad de que se revoque la decisión adoptada argumentando para tal finalidad que con respecto a la nulidad no se puede alegar la misma ya que es un error sobre un punto de derecho el cual no vicia el consentimiento. En cuanto a la ineficacia del traslado se tiene que este fue hecho de manera libre y voluntaria cumpliendo con los requisitos que taxativamente la Ley ordenaba para el año en que acaeció. Adicional a lo anterior, para la época del traslado de la demandante, la entonces Superintendencia Bancaria hoy financiera, estableció que el diligenciamiento del formulario debe realizarse para hacerse efectivo el traslado entre regímenes pensionales y era el único requisito sustancial que exigía la Ley para la época del traslado de la demandante, pues en él se consignaba la voluntad del afiliado. Indicó además que mediante el derecho a la libre escogencia del régimen en materia pensional, el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en este y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este, no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado entre regímenes. Agregó que el RAIS y el RPMPD tienen diferentes forma de distribución del aporte, por lo cual fueron 27 años en los que esta entidad no ayudó a financiar las pensiones, no cobró gastos de administración, por lo tanto, va en detrimento patrimonial y ponen en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso en que la demandante regrese a COLPENSIONES, supuesto que, se infiere que la razón principal por la cual la demandante desea retornar al RPMPD se basa única y exclusivamente en la diferencia de la mesada pensional que obtendría en su actual fondo de pensiones, versus lo que podría obtener en COLPENSIONES de estar afiliada en esta última administradora. Por otro lado, señaló que la decisión adoptada por el despacho, le

impone una obligación de hacer al ordenarle activar la afiliación de la demandante y consecuentemente a recibir las cotizaciones, rendimientos, más saldos consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora, no es menos cierto que, tal decisión a futuro conllevaría al implícito reconocimiento de una prestación por parte de esta entidad a favor de la accionante, situación que claramente perjudicaría los intereses de esta administradora.

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida argumentando para tal evento que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, debido a que no se probó que faltara uno de los elementos esenciales de este acto jurídico. En el mismo sentido indicó que tampoco procede la nulidad absoluta de cambio de régimen pues no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto, y de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen necesariamente se trataría de las catalogadas por la Ley como nulidades relativas las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno de la prescripción. Por lo anterior, sostuvo que no se valoró el consentimiento informado para su libre escogencia, hecho que se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación el cual hacía reflejar que la actora hacía constatar que realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual y que había sido asesorada sobre los aspectos de esta, es decir, no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación si no de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante quien se presume como una persona capaz para obligarse. Adicionalmente, señaló que no se puede desconocer que PORVENIR S.A. siempre le garantizó el derecho al retracto, conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario El Tiempo el día 14 de enero del año 2004 sin que la actora ejerciera dicha facultad, lo que no se valoró como una negligencia de su parte, situación que debe valorarse como tal. En últimas, indicó que al ordenar el traslado los gastos de administración y seguros previsionales a COLPENSIONES se configura un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución evidenciándose que no están destinados para financiar la prestación del afiliado y por consiguiente pertenecen al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado, subsiguientemente, no procede esta pretensión ya que de ordenarla, se debe condenar igualmente a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. solicitaron revocar la sentencia en todas sus partes. La parte actora solicitó que se confirme.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la parte actora el 13 de junio de 1965 (Exp. Digital. 01. 11001310503420190048400 fls (1-124).pdf. Pág. 19), por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 30 de mayo de 2019 (pág. 38), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas contaba con 38 semanas cotizadas (Exp. Digital: «04. Contestación COLPENSIONES (fls. 159 a 468).pdf», pág. 64), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 01 de agosto del año de 1994 (Págs. 153 y 158), específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbalizar las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados. Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Págs. 153 y 158) plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que, en el interrogatorio de parte, la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

Es claro que de acuerdo con las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (01 de agosto de 1994 Pág. 153 y 158), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que, *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones*

con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o, que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a esta cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido y con este alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

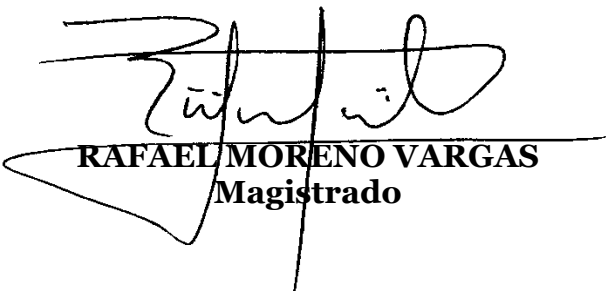
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

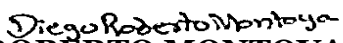
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JAIRO ENRIQUE RODRIGUEZ HERNANDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OTRO. Rad 110013105-035-2020-00472-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte accionada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 11 de noviembre de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JAIRO ENRIQUE RODRIGUEZ HERNANDEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada a la AFP PORVENIR y que, para efectos pensionales, siempre ha estado afiliado y vinculado al RPMPD administrado por Colpensiones sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a adoptarlo como afiliado sin solución de continuidad y que para efectos pensionales siempre ha estado afiliado y vinculado al RPMPD. Se ordene a Porvenir S.A. la devolución de los aportes a Colpensiones de todas las sumas de dineros, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, costos de administración, recibidas por concepto de

aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo que estuvieron en poder de la administradora. Solicitó condenar a Colpensiones a reconocer y pagar su pensión de vejez con el Ingreso Base de Liquidación que le resulte más favorable a partir del 11 de octubre de 2020, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, más lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 11 de octubre de 1958, que el 1 de junio de 1982 se afilió a través de su empleador ESCUELA SUPERIOR al ISS hoy Colpensiones, donde permaneció afiliado hasta el 1 de enero de 1999 sumando un total de 201 semanas cotizadas. Mencionó el accionante, que estando laborando fue abordado por un asesor comercial donde le ofrecieron la posibilidad de vincularse a esta AFP trasladándose a este régimen pensional y como consecuencia de la errónea información dada, accedió a la firma del formulario de afiliación el 11 de diciembre de 1998 quedando vinculado a partir del 1 de enero de 1999. Agregó que al momento de su traslado, no fue asesorado e informado por el fondo de manera transparente, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro fondo de pensiones, las prestaciones económicas que se obtendrían en el RAIS y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, tampoco se le informó la posibilidad que tenía de regresar al RMPDD ni de las consecuencias jurídicas que conllevaba o incluso del derecho de retracto de su traslado a la AFP. Igualmente, mencionó que el ISS no adelantó ninguna gestión tendiente a brindar asesoría al accionante sobre su decisión de traslado de régimen pensional y que en ese momento no fue asesorado respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando y como influiría eso en su pensión. Informó que no se le mencionó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, la AFP PORVENIR omitió informarle que parte del aporte mensual que se destinaria al pago de las primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de la administración del régimen y como influiría esto en su pensión. Anotó que al momento del traslado del régimen pensional del accionante no le informaron cual debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y que tampoco se le informó que parte del aporte mensual se destinaria al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de la

administración del régimen y como influiría esto en su pensión ni sobre la posibilidad que tenía de negociar el bono pensional entregado por el RPMPD como consecuencia de traslado. Detalló que la AFP PORVENIR S.A. no le informó el plazo para retornar al RPMPD, así como tampoco se le realizaron las proyecciones pensionales para que tomara la mejor decisión ni mucho menos le ofrecieron el consentimiento informado en lo referente a beneficios y consecuencias de su traslado. Agregó que se encuentra cotizando en la AFP PORVENIR S.A. y que hasta la fecha no está pensionado por ningún fondo de pensiones. Mencionó el documento con radicado N° 10014628 del 1 de octubre de 2020, emitido por Porvenir le acreditó al accionante un total de 1727 semanas cotizadas en toda su vida laboral y un total de capital en la cuenta individual de \$621.912.248; agregó que se le realizó su proyección pensional en la AFP PORVENIR e igualmente la del daño emergente causado por la diferencia pensional en los dos regímenes una vez causada la pensión. Finalmente, el accionante diligenció reclamación administrativa solicitando la nulidad del traslado de régimen y afiliación con radicado N°2020_2613053 de 25 de febrero de 2020, y que el 26 de febrero de 2020 la entidad negó la solicitud en oficio N°BZ2020_2732826-0557356; diligenció reclamación administrativa solicitando el reconocimiento de pensión por vejez y el retroactivo del mismo, elevada ante Colpensiones bajo radicado N° 2020_11065531 de 30 de octubre de 2020 y negó la solicitud en oficio N° BZ2020_11089892-2281991 del 30 de octubre de 2020 y el 25 de febrero de 2020 con reiteración el 9 de septiembre de 2020 por no contestar el termino, el accionante presentó reclamación administrativa de nulidad de la afiliación ante la AFP PORVENIR, solicitud que fue negada en documento N°10014628 de 1 de octubre de 2020. (Expediente Digital 01 - DEMANDA Y ANEXOS Págs. 2 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando que el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que indicó que no se evidenció soporte que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Manifestó que el demandante recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto N° 663 de 1993. Propuso como excepciones las de «Prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por

ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe». (Expediente Digital 10. CONTESTACION Y ANEXOS JAIRO ENRIQUE RODRIGUEZ HERNANDEZ Págs. 1 a 24).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que desconoce que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo inconformidad por parte del demandante, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Propuso como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «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», «inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 12. 11001310503520200047200 CONTESTACION Págs. 1 – 41).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al RAIS con la AFP PORVENIR y como consecuencia de ello, ordenó trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condenó a PORVENIR S.A. a pagar con su patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión del actor por los gastos de administración conforme al tiempo en que permaneció afiliado, condenó a COLPENSIONES a volver a afiliarse al accionado al RPMPD y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a PORVENIR S.A y la condenó en costas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló en síntesis que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión, lo cual debe ser probado por las

Administradoras de Fondos de Pensiones, al existir la reclamación se invierte la carga de la prueba, pasando al fondo de pensiones demostrar que si se brindó la información que el accionante manifestó no haber recibido, indicando los datos completos al accionante para que la decisión fuera clara, sin presiones y debidamente informada, es decir, el consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar en el juzgador que ese contrato de aseguramiento goza de validez. Mencionó que la jurisprudencia laboral, ha manifestado que es obligación demostrar que no hubo asimetría en la información y por lo tanto proveer a los jueces de los medios de convicción que den certeza que al momento del traslado el afiliado contaba con los elementos suficientes para decidir libre y voluntariamente sobre su traslado y que se debió informar sobre las ventajas, desventajas, beneficios de cada uno de los regímenes. Resaltó que no es suficiente con indicar en los formatos que la firma de los afiliados se ha dado sin presiones porque los mismos podrían acreditar un consentimiento que es lo que se estima fundamental para la decisión. Señalando así que no se probó tal información, reiterando que conforme a lo que dice la jurisprudencia, cuando se da afiliación desinformada genera la ineficacia y debido a ello se retrotrae las cosas al estado anterior junto con sus rendimientos financieros, precisando que una vez se efectuó este traslado Colpensiones verificará si el actor tiene derecho la pensión de vejez, por tanto no accedió a tal pedimento Finalmente, mencionó que no se configura la prescripción sobre el reconocimiento de tal derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión solicitando se revoque y se absuelva la decisión, argumentando que la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libre elección de cualquiera de los regímenes; mencionó que en la sentencia de primera instancia no se acoge a los argumentos del artículo 71 de la ley 100 de 1993 y en su lugar la condena a asumir obligaciones de las cuales no infirió inicialmente teniendo en cuenta que Colpensiones es ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de las AFP a la luz de las normas vigentes para el año de 1998 en el cual se trasladó el demandante de régimen pensional y por tanto no pueden aplicarse disposiciones posteriores que establecieron una doble asesoría. Por lo anterior, señaló que aceptar al demandante en el RPMPD contribuiría a la descapitalización del sistema pensional del RPMPD como lo menciona la sentencia S 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, donde la Corte Constitucional en materia de traslado

no iba a resultar subsidiado los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados al esquema dado que el RPMPD se descapitalizaría. Hizo referencia a la calidad profesional del demandante, toda vez, que como lo menciona la Corte Suprema de Justicia hay un deber de entregar información pero debe ser a la simetría de un administrador experto y un afiliado lego, y no puede pretender un economista que para permanecer a este régimen fueron los rendimientos financieros y alegar un desconocimiento de la norma máxime cuando sus aportes no le dieron los rendimientos esperados y en este momento pretender acogerse a una jurisprudencia cuando sabía cómo funcionaba el RAIS y cuáles eran las consecuencias de tener una cuenta en el RAIS, máxime cuando es un Magister en Economía.

A su vez, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión solicitando se revoque y en consecuencia absolverla tanto de la ineficacia como de las condenas consecuencias de la misma, teniendo en cuenta que la vinculación del actor en el año 1998 no contaba con las condiciones socioeconómicas y académicas que le permitían entender el acto jurídico celebrado y adicional a ello para este momento el soporte documental del formulario de afiliación que cumplía con los requisitos legales vigentes para ese momento y aprobado por la Superintendencia Bancaria generaba una confianza legítima frente al formulario de afiliación así como toda la dinámica generada en las afiliaciones de los potenciales afiliados. Agregó que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia surgió con posterioridad a la ocurrencia de los hechos y aunque se manifieste que la normatividad está vigente desde el principio, manifestó que el deber de información para 1998 era amplio y no era tan específico frente a la forma en que se debió brindar la información y aunque no negó que existió el deber de información para ese momento, no era tan minucioso ni se hablaba del deber del buen consejo para ese momento; mencionó que en el interrogatorio el accionante aceptó que reconoció que efectivamente recibió una asesoría por parte de Porvenir y que en base a ello diligenció el formulario de manera libre y voluntaria recibiendo en esa asesoría circunstancias de información específicas sobre el régimen pensional y con base en ello decidió que el RAIS era su mejor opción. Esgrimió que si hay declaratoria de la ineficacia, no ser condenada a trasladar lo atiente al artículo 20 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que fue destinado a seguros previsionales y a generar buenos rendimientos dentro de la cuenta de ahorro individual y al ordenar a trasladar estos dos rubros se está generando una doble condena en su contra y un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, ya que se estaría beneficiando de unos rendimientos frente a los cuales no se generó ningún tipo de gestión.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegados, las accionadas en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A su turno, el demandante alegó peticionando la confirmación del mismo.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante (Exp. Digital: «01 - DEMANDA Y ANEXOS.pdf». Pág. 22), donde se registra como fecha de nacimiento el 11 de octubre de 1958, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES el 20 de febrero de 2020 (Págs. 40 a 45), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años de edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 515 semanas de cotización (GRP-SCH-HL-66554443332211_1985-20210520074507), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de diciembre de 1998 (Exp. Digital. «01 - DEMANDA Y ANEXOS.pdf» Pág. 39), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación la AFP PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró

acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 11 de diciembre de 1998 (Exp. Digital. « 01 - DEMANDA Y ANEXOS.pdf» Pág. 39), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR, Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos, sin que el hecho de tener maestría en economía sustraiga a la accionada de brindar tal información.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de diciembre de 1998), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que, *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o, que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a esta cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

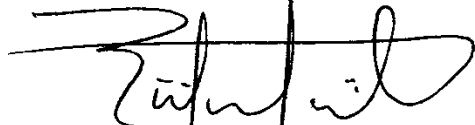
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

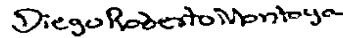
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL**
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de SARITA CORREA SANCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-036-2018-00390-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **SARITA CORREA SANCHEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare que PORVENIR S.A. la engañó con el fin de trasladarla de régimen pensional. En consecuencia, se declare la INEFICACIA del traslado ante la AFP PORVENIR S.A. y se ordene la inmersión en el régimen de prima media, así mismo se declare que COLPENSIONES debe aceptar el traslado de fondo pensional solicitado por la demandante. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados con sus respectivos rendimientos. Se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales de diciembre de cada año desde el reconocimiento de la prestación, los reajustes anuales de Ley año tras año desde el reconocimiento de la prestación, los intereses moratorios y/o indexación. En subsidio, solicitó que se condene a PORVENIR S.A., en calidad de indemnización de perjuicios materiales al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con los intereses moratorios o en subsidio la indexación, desde que la demandante cumplió 57 años de

edad y hasta el momento que tal obligación se ordene a cargo de COLPENSIONES. Que, en cualquier evento, se condene a PORVENIR, en calidad de indemnización de perjuicios materiales, a la devolución de todos los aportes realizados con posterioridad al 29 de septiembre del año 2016 con sus respectivos rendimientos financieros; como indemnización a perjuicios morales se condene a la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes y su respectiva indexación. Más el pago de costas, agencias en derecho, lo extra y ultra petita.

Como pretensiones subsidiarias, solicita a título de indemnización de perjuicios materiales, se condene a PORVENIR al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en forma vitalicia y en las condiciones que le hubiese correspondido a la actora en el RPMPD. Al pago de la pensión de vejez desde que cumplió 57 años, es decir, desde el 29 de septiembre del año 2016 en la cuantía que se demuestre en el proceso. Al pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación. A la devolución de todos los aportes realizados con posterioridad al 29 de septiembre del año 2016 con sus respectivos rendimientos financieros; y como indemnización a perjuicios morales se condene a la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes y su respectiva indexación.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató que nació el 29 de septiembre de 1959, contando para la fecha de presentación de la demanda con 59 años de edad. Se afilió el 09 de agosto de 1990 al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, los riesgos de invalidez, vejez y muerte. En el mes de agosto de 1999, uno de los vendedores del fondo privado demandado le manifestó que, de afiliarse a ese fondo, le traería como beneficio pensionarse antes de los 57 años con una mesada más alta que la que se le reconocería en el ISS; además se le indicó que el régimen pensional administrado por el ISS desaparecería. Advirtió que todos los beneficios manifestados a la demandante fueron mentiras, toda vez que a la fecha no se ha logrado pensionar en las condiciones prometidas y cuenta con 59 años; que según proyección realizada por la propia demandada tendría derecho a los 57 años a pensionarse con una mesada pensional ascendiente a un salario mínimo legal mensual. Que si encontrara en COLPENSIONES a los 57 años sería pensionada con una mesada pensional ascendiente a \$2'578.579 mensuales. Anotó que PORVENIR S.A. no cumplió con su obligación de brindar una asesoría personalizada a la demandante, al momento de la afiliación (agosto de 1999), pues le debió informar y explicar de forma clara por lo menos que si continuaba en el RPMPD consagrado en la Ley 100, su derecho a la pensión de vejez se causaría cuando cumpliera 57 años y cotizara al menos 1000 semanas (esto sin tener en cuenta la Ley 797 de 2003, la cual para la fecha del traslado no existía), y que en

caso de cotizar hasta las 1400, podría alcanzar una mesada liquidada con el 85% de su IBL; que en caso de no cumplir con estos requisitos, no obtendría pensión de vejez y por ello PORVENIR le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual y el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud. No obstante, todas las obligaciones anteriores, PORVENIR no lo hizo. La labor del funcionario de PORVENIR en esa etapa previa y preparatoria a la formalización del traslado, no sólo debía ser completa y comprensible para la actora, sino que debía trascender al “deber del buen consejo”, mostrándole con detalle las diferentes alternativas, los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, para evitar que ella tomara una opción que claramente la perjudicaba, sin embargo la entidad no cumplió tal obligación, lo cual la tiene aun laborando en contra de su voluntad con graves perjuicios para su salud mental y física, en tanto es consciente hoy que su mesada pensional con la demandada PORVENIR será por lo menos de la tercera parte de lo que hubiere correspondido en COLPENSIONES. Que incluso, al entrar en vigencia la Ley 797 y consagrar en el artículo 2 la posibilidad de trasladarse al RPMPD entre el 29 de enero de 2003 y el 28 de enero de 2004, la demandada no le dio a conocer dicha opción como era su obligación, no obstante con el traslado ya se le había hecho un gran daño y para dicha situación deberá tenerse en cuenta que PORVENIR no cuenta con prueba alguna donde consten las re asesorías hechas a la demandante y mucho menos por este periodo de gracia , establecido por la Ley 797, observándose nuevamente el ocultamiento de información y la omisión en asesorías, generando perjuicios a la demandante en su derecho pensional. Que la actora solicitó traslado a COLPENSIONES, pero verbalmente se le ha negado con el argumento de que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad y no tener 15 años o más servicios al 1 de abril de 1994, al margen de no haber nunca obtenido respuesta escrita de fondo respecto de la misma, acarreando con esta negativa, impedirle pensionarse en forma digna, vulnerando de este modo los principios de libre escogencia, pensión justa, mínimo vital y móvil (4 a 18).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que si bien al momento de efectuado el traslado la norma vigente, esto es Decreto 656 de 1994, no exigía que la información brindada al potencial afiliado por las administradoras de fondo de pensiones, debía constar por escrito, no quiere decir con ello que la misma no se dio de manera verbal a la demandante, por lo cual, la presente afirmación corresponde a dichos de la misma.

Señaló que el contrato celebrado entre la actora y PORVENIR S.A., es plenamente válido, toda vez que su objeto y su causa son lícitas y el contrato de administración celebrado entre las partes es el acordado por las mismas; que de manera libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la accionante eligió el régimen pensional al cual deseaba estar afiliada no se encontraba inmersa en ninguna prohibición legal. Propuso como excepciones de fondo las «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» e «innominada o genérica» (Fls. 57 a 81).

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la actora, señalando para tal fin, que ésta tomó decisión del traslado de régimen de manera libre y voluntaria sin presión alguna de parte de esta entidad pues la actora firmó bajo su consentimiento el formato de vinculación desde el año 1999 con COLFONDOS S.A., trasladándose entre AFP en el año 2011 con OLD MUTUAL y nuevamente en el año 2013 con PORVENIR S.A., por lo que no se hace viable que se declare que se declare que PORVENIR engañó a la actora como la misma lo menciona. No obstante lo anterior, resaltó que la vinculación de la demandante a PORVENIR S.A., es un acto válido en la medida en que suscribió solicitud de vinculación como traslado de AFP en el año 2013 de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de la AFP PORVENIR S.A., respecto de todas las implicaciones de su decisión tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación que se anexa como prueba. Es necesario reiterar que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones a PORVENIR S.A. reciben permanente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados y que estén en capacidad de resolver las dudas que puedan presentarse sin que de ningún modo se les instruya para engañar u omitir información. Aclaró que no se puede tildar de falsa o engañosa la manifestación de un asesor del RAIS en el sentido de indicar a un afiliado que puede lograr obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM, por el contrario es perfectamente posible dada la esencia misma del Sistema de ahorro individual que pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, planeación que obviamente implica ciertas actuaciones tales como mantener un nivel de cotizaciones constante no solo en tiempo sino en valor y/o efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones obligatorias, opción con la que no cuentan los afiliados al ISS y que es una de las mayores ventajas del RAIS en la medida en que permite pensionarse de manera

anticipada y con un monto de pensión calculado. Advirtió que PORVENIR no ha causado perjuicio alguno a la actora pues básicamente se le ha prestado el servicio de conformidad con el objeto social de la AFP que no fue otro que administrar los recursos del afiliado producto de su vinculación con PORVENIR, es decir, la gestión de esta entidad ha estado enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, por lo cual esta entidad no causó perjuicio alguno a la actora que implique imposición de sanción alguna que se deba reparar. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «mala fe de la demandante», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «prescripción» y «ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada». (Fls. 92 a 120)

Mediante auto del 17 de octubre de 2019, se ordenó integrar la Litis con las AFP COLFONDOS y OLD MUTUAL PENSIONES y CESANTÍAS, hoy **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fl.189)

La AFP **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** contestó la demanda indicando que ni se oponía ni se allanaba, dado que las pretensiones hacen referencia a persona jurídica distinta a SKANDIA, siendo PORVENIR S.A quien está legitimada para pronunciarse al respecto. Agregó que ha cumplido con la totalidad de las obligaciones establecidas por la Ley. Formuló como excepciones de fondo, las que denominó como «buena fe», «genérica» y «pago» (Fls. 222 a 226).

A su turno, la **AFP COLFONDOS**, contestó la demanda expresando que no presentaba oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas, toda vez que ninguna va dirigida en su contra, de modo que no había razones de hecho ni de derecho para controvertir lo allí consignado. Agregó que, se oponía a la condena ultra y extra petita en la medida que de los hechos y pretensiones que motivaron el presente litigio, ninguna va dirigida en su contra, y, por tanto, no hay hechos ni derechos que puedan reconocerse con tales facultades. Además, debía tenerse en cuenta que la actora desde el momento de la demanda debió haber formulado las pretensiones que pretendía hacer valer de forma clara y precisa, máxime que actúa bajo apoderado judicial. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva» e «innominada o genérica» (Fls. 241 a 245).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 02 de junio de 2021, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió de las pretensiones incoadas y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que conforme la consulta al sistema de información de los afiliados a las administradoras de fondos de pensiones la actora se afilió al RAIS efectivamente en el año 1999 en el mes de agosto. Esta afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de octubre de 1999 pero como lo refirieron tanto las encargadas como las vinculadas a la Litis, esa afiliación o esa selección del RAIS se dio con la AFP COLFONDOS S.A. Luego se tienen vinculaciones con OLD MUTUAL S.A. para el 29 de abril de 2011 y finalmente con la AFP PORVENIR desde el 28 de agosto del 2003 siendo esta la administradora en la cual al día de hoy permanece afiliada. En ese orden de ideas, evidenció la forma en la que se planteó la demanda desde un comienzo, se concluía que debían ser resueltas de manera desfavorable todas esas pretensiones, ya que todas están dirigidas únicamente a la AFP PORVENIR S.A. y se basa justamente en hechos, omisiones y situaciones que se le achacan única y exclusivamente a esa administradora del RAIS; de tal modo que en el devenir fáctico narrado en la demanda y también en las pretensiones, se habló exclusivamente de actos concernientes a PORVENIR S.A. sin hacerse mención alguna a la actuación o a la injerencia de otros fondos o de otros asesores, de otras entidades y con ello se debía concluir que no era viable entrar a decir con base en situaciones que no fueron planteadas y con ello no fueron discutidas a lo largo del trámite de la instancia, pues no fueron invocadas, persiguen las consecuencias jurídicas de la ineficacia del traslado de régimen pensional. Recordó en tal sentido, que el juez se encuentra sometido al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, según el cual, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el Código contempla con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la Ley. De tal manera, que la errada o falta de apreciación de la pieza procesal de la demanda inicial puede generar un error de hecho con el carácter de manifiesto que genere la vulneración del principio en comento. También mencionó que ni siquiera en uso de las facultades para decidir de manera extra y ultra petita que contiene el artículo 50 del CPTSS, es posible estudiar los pedimentos de la demanda frente a otras administradoras de pensiones que posteriormente fueron llamadas además por iniciativa justamente del despacho a la Litis para clarificar el punto, pues ello efectivamente desborda el alcance de esas facultades, insistiendo que en la demanda nunca se planteó y con ello no fue objeto de debate que haya existido una falta del deber legal de información por parte de la AFP COLFONDOS S.A., la que además no se defendió justamente por esa circunstancia de alguna situación fáctica de esa naturaleza

al dar contestación de la demanda, pues indicó que se abstenía de efectuar tal tipo de pronunciamiento justamente por estar toda la demanda dirigida contra otra AFP y no hace mención alguna a COLFONDOS S.A. en los hechos planteados. Agregó en todo caso, que dichas facultades no son absolutas para que el funcionario judicial pueda fallar en dichos términos para el caso extra petita, es decir, por fuera de lo pedido, se requiere que los hechos que originaron la decisión hayan sido discutidos en el proceso y que estén debidamente acreditados y en caso de ultra petita, es decir, por fuera de lo pedido es menester que la súplica impetrada en el escrito inicial, sea inferior a la estatuida en la norma laboral y que no emerja del juicio el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor. Aunado a ello, mencionó que, incluso esa circunstancia de haber estado la demandante afiliada a otros fondos de pensiones y de que el traslado al RAIS se haya dado con unas administradoras diferentes a PORVENIR S.A., pues se extraía de las mismas pruebas por ella aportada como el formulario de vinculación y de la historia laboral de aportes efectuados en otras administradoras y allí aparecen los que se surtieron en su momento con COLFONDOS y OLD MUTUAL. Añadió que la parte demandante después de conocer incluso la contestación de la demanda que efectuó PORVENIR en su momento y teniendo el término para eventualmente entrar a reformar la demanda conforme al artículo 28 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no lo hizo, tampoco lo había hecho previamente conforme lo permite también el artículo 93 del Código General del Proceso, al punto que fue incluso una decisión del Juzgado vincular a la Litis a las otras administradoras como hoy SKANDIA S.A. y en su momento COLFONDOS S.A., para poder evidenciar de manera clara cuál había sido todo ese devenir de la demandante dentro del sistema pensional, pero que sin embargo no permitía entrar a resolver sobre una eventual ineficacia del traslado de pensión del régimen pensional que la demandante achaca única y exclusivamente a PORVENIR S.A. y por actos de omisiones cometidas por sus asesores o empleados. Por lo anterior, como no era posible pronunciarse sobre el traslado de régimen efectuado con la AFP COLFONDOS en el año 1999 y su vez sobre el traslado realizado a la hoy AFP SKANDIA en el año 2011, ello no se debatió de manera alguna en el expediente, de tal modo que no era posible acoger favorablemente las pretensiones de la demanda y, de hecho, si se accediera a esa ineficacia del traslado con la AFP PORVENIR S.A. que es la única que la demandante reclama o solicita, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, la consecuencia sería excluir todo efecto de ese acto jurídico que sería de esa vinculación con la AFP mencionada, pero ése traslado fue horizontal o a una movilización a la demandante del RAIS lo que implicaría que se entendiera como afiliada a la entonces AFP OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A., es decir, con la que estuvo de manera inmediatamente anterior, entre los años 2011 y 2013 que la mantendría entonces

igualmente afiliada al RAIS y que no es en manera alguna el alcance de las pretensiones incoadas.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando para tal evento que a la actora no se le brindó la debida ilustración de las características, condiciones, acceso y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales tanto del RPMPD como del RAIS lo que incluye a reconocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales que eventualmente cobijarían a la actora. No se puede pretender entregar una debida información para que el afiliado manifieste su voluntad de traslado, pueda ser la simple firma del formulario de afiliación indicando que recibió las distintas asesorías. Que contrario a lo concluido por la juez a quo respecto a la declaración de la actora y donde concluye que fue debidamente asesorada al momento del traslado, esa conclusión es errada y lo es porque durante los 3 interrogatorios resueltos por la actora, ésta nunca indicó haber recibido la asesoría de la que trata la Ley y la jurisprudencia, como es la información de los pros y los contras de cada uno de los regímenes y las consecuencias del traslado, la posibilidad de retornar al RPMPD, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales antes aducidos. Que la A quo se equivocó al dar por sentado que existió suficiente ilustración, que es completamente equivocado lo que entiende el juez de primera instancia cuando da por sentado que existió a favor de la demandante una debida información, quien tenía presente que la misma debía realizarse dicha asesoría partiendo de los elementos objetivos. Esto es, que la libertad y la toma de una decisión de esa índole solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa en la que se delimiten los alcances positivos y negativos. Que, contrario a lo que concluye la primera instancia, al margen de los hechos de falta de información respecto del traslado de COLFONDOS a COLPENSIONES en el año 1999, se debe tener en cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, el hecho de haberse trasladado la actora de COLFONDOS a COLPENSIONES, a pesar de no haber sido hechos debatidos en la demanda si fueron hechos debatidos en el proceso, de igual forma, la demanda debía ser dirigida en contra de COLFONDOS que fue el fondo por medio del cual se dio el traslado inicial y así ocurrió. También fue dirigida en contra de PORVENIR que es el fondo de pensión actual de la actora. Destacó que la información brindada a la actora no fue suficiente por cuanto solo es posible la realización de esa información cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, por tanto, no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas

desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales y por estimarse satisfecho todo el requisito con una simple expresión genérica. Respecto del principio de congruencia, leyó en extenso lo referido en la sentencia CSJ SL3209-2020, que recordó lo dicho en la SL-17741 del 2015, para concluir solicitando se revoque la sentencia de conformidad a las pretensiones solicitadas en la demanda.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura dar solución a los siguientes problemas jurídicos:

- 1) Determinar si en el presente caso, acudiendo a los principios *iura novit curia* y las facultades ultra y extra petita del Juez Laboral, es posible tener en cuenta hechos que no fueron aducidos en la demanda, contestación de la misma y fijación del litigio para generar, luego de allí, planteamientos que no fueron propuestos con la presentación de la demanda, con relación a la responsabilidad directa de la AFP COLFONDOS.
- 2) Establecer si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS con la AFP COLFONDOS y, como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Para dar solución a los problemas jurídicos planteados, se recuerda en primer lugar y respecto a la potestad de dar aplicación a las facultades ultra y extra petita, que las mismas tienen su génesis legal en el artículo 50 del Código Sustantivo de Trabajo CST, el cual dispone que el Juez Laboral de Primera Instancia puede reconocer y ordenar al empleador demandado el pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones, que no hayan sido incluidos dentro del petitum de la demanda por parte del trabajador

promotor del litigio, condicionando ésta potestad judicial a que los hechos que originan dichos derechos hayan sido discutidos y probados en el juicio laboral; y dicha facultad, también, podrá consistir en que las sumas de dinero que hayan sido deprecadas en la demanda, sean fustigadas en un mayor valor en las condenas que imponga el Juzgador, cuando con arreglo a la Ley, lo pedido por el trabajador sea inferior a lo que tiene derecho, y desde luego, siempre y cuando los rubros laborales no hayan sido pagados.

Este supuesto normativo, es lo que ha sido conocido por la comunidad jurídica como fallos ultra y extra petita; en este contexto, para desentrañar el sentido y alcance de la anterior disposición, es menester precisar cuándo se está haciendo uso de la facultad extra petita y cuando de la ultra petita. Así pues, se dice que el Juez hace uso de la facultad extra petita, cuando falla por fuera de lo pedido, es decir, un derecho que no fue solicitado por el precursor judicial, y se trata de un fallo ultra petita, cuando no obstante ir en consonancia con lo pedido este se reconoce en una cuantía superior, razón por la cual, puede decirse que estas facultades son una excepción al principio de congruencia estatuido en el artículo 281 del CGP, y en esa medida el principio de congruencia en la legislación procedimental laboral no es absoluto.

Debe tenerse en cuenta que, en todo caso, la facultad extra y ultra petita, no puede vulnerar el derecho de defensa y debido proceso de la parte a quien desfavorece, que en principio no es otro que el empleador demandado, y es por eso que, el legislador ha condicionado su procedencia a que los hechos en que se fundamenta el reconocimiento del derecho no pedido, previamente tuvieron que haber sido debatidos dentro del proceso y, además, se encuentren debidamente probados, para de esta forma, que la parte demandada pueda controvertirlos, y en esa medida no se trata de hechos desconocidos para quien le desfavorece la decisión, pues en su oportunidad pudo controvertirlos o exponer sus razones de defensa. De lo dicho, resulta irrefutable que un fallo extra o ultra petita no es sorpresivo, no se decide intempestivamente en el momento del fallo, sino que tiene un respaldo probatorio y respetuoso del derecho de defensa y contradicción, consustancial al debido proceso del cual el Juez laboral es el principal garante, en los términos del actual artículo 48 del CPT y SS.

Aunado a lo anterior, esta excepción al principio de congruencia si bien puede desbordar el «*petitum de la demanda*»; no puede desviarse de la «*causa petendi de la demanda*», pues son los hechos la esencia del debate del proceso, y los hechos que son la causa de pedir es algo inherente o de consustancial responsabilidad de las partes, de modo que para fallar extra y ultra petita, inclusive, el juez debe moverse dentro del panorama fáctico que le han delimitado o enmarcado las partes.

Con todo, las facultades ultra y extra petita son potestades del Juez de Primera Instancia que no constituyen una camisa de fuerza, y que para el caso particular de la segunda instancia no tienen cabida, tal y como lo ha dejado decantado pacíficamente el Alto Tribunal, entre otros pronunciamientos, en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 38010.

Descendiendo al caso concreto, de acuerdo con la causa petendi o hechos narrados en el libelo introductorio, se advierte que la parte actora fijó las pretensiones en los términos precisos que se transcriben a continuación:

A)

Se **DECLARE** que PORVENIR S.A. engañó a la señora SARITA CORREA SÁNCHEZ identificada con la cédula de ciudadanía No 35'463.269 con el fin de trasladarla de régimen pensional.

B)

Como consecuencia de la anterior se **DECLARE** la INEFICACIA del traslado de fondo pensional de la afiliación al régimen de ahorro individual y se ordene la inmersión en el régimen de prima media.

C)

Que se **DECLARE** que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- debe aceptar el traslado de fondo pensional solicitado por la demandante.

Como consecuencia de lo anterior se condene al pago de:

D)

Se **CONDENE** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por la demadante con sus respectivos rendimientos.

E)

Se **CONDENE A COLPENSIONES** a:

1.

Al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

2.

Las mesadas adicionales de diciembre de cada año, desde el reconocimiento de la prestación.

3.

Los reajustes anuales de Ley, año tras año, desde el reconocimiento de la prestación.

4.

Al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 29 de septiembre del año 2016.

5.

De los Intereses moratorios del artículo moratorios de la Ley 100 de 1993 y/o indexación.

Lo anterior, advirtiendo que se desistió de las demás pretensiones en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS. Seguidamente, los hechos de la demanda se fundamentaron así:

Primero

:

La demandante nació el 29 de septiembre de 1959, contando en la actualidad con 59 años de edad.

Segundo

:

La señora CORREA SANCHEZ, se afilió el 09 de agosto de 1990 al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de pensiones - COLPENSIONES-, los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Tercero

:

En el mes de agosto de 1999, uno de los vendedores del fondo privado demandado, le manifestó que de afiliarse a ese fondo, le traería como beneficio pensionarse antes de los 57 años edad, con una mesada mas alta que la que se le reconocería en el ISS; además se le indicó que el régimen pensional administrado por el ISS, desaparecería.

Cuarto

:

Todos los supuestos beneficios manifestados a la demandante fueron mentiras, toda vez que a la fecha no se ha logrado pensionar en las condiciones prometidas y cuenta con 59 años de edad y según proyección realizada por la propia demandada, tendría derecho a los 57 años de edad, a pensionarse con una mesada pensional ascendiente a un salario mínimo legal mensual.

Quinto

:

La actora, si se encontrara en Colpensiones, a los 57 años de edad, sería pensionado con una mesada pensional ascendiente a DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL PESOS QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$2'578.579) mensuales.

Sexto

:

Como se observa PORVENIR S.A no cumplió con su obligación de brindar una **asesoría personalizada** a la demandante, al momento de la afiliación (agosto de 1999), pues le debió informar y explicar de forma clara **POR LO MENOS** lo siguiente:

a.

Que **si continuaba en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA** consagrado en la Ley 100, su derecho a la pensión de vejez se causaría cuando cumpliera **57 años** de edad y cotizara al menos **1000 semanas** (esto sin tener en cuenta la Ley 797 de 2003, la cual para la fecha del traslado no existía); y que en caso de cotizar hasta las 1400, podría alcanzar una mesada liquidada con el **85%** de su IBL.

b.

Que en caso de no cumplir con estos requisitos, no obtendría pensión de vejez y por ello, PORVENIR le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, y el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

c. No obstante todas las obligaciones anteriores, PORVENIR no lo hizo.

Séptimo : La labor del funcionario de PORVENIR en esa ETAPA PREVIA y PREPARATORIA a la formalización del traslado, no sólo debía ser completa y comprensible para la actora, sino que debía trascender al "DEBER DEL BUEN CONSEJO", mostrándole con detalle las diferentes alternativas, los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, para evitar que ella tomara una opción que claramente la perjudicaba, sin embargo la entidad no cumplió con su obligación de brindar una buena asesoría y esa omisión la tiene aún laborando en contra de su voluntad con graves perjuicios para su salud mental y física.

Octavo : Como consecuencia de la conducta asumida por la entidad en el momento de la afiliación le causó un daño a la demandante que se refleja en un detrimento patrimonial, físico y síquico, toda vez que, PORVENIR no le ha permitido disfrutar de su mesada pensional y a prolongado su actividad laboral. Lo que lo tiene inmerso en una profunda crisis emocional, por su incertidumbre en el derecho pensional y el cansancio físico que padece, en tanto es consciente hoy, que su mesada pensional con la demandada PORVENIR, será por lo menos de la tercera parte, de lo que le hubiere correspondido en COLPENSIONES.

Noveno : Los vendedores de PORVENIR S.A. en ningún momento le suministraron información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta, sobre los perjuicios que en su derecho pensional traería el hecho del traslado al régimen de ahorro individual. No le hicieron un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional, es decir, de dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Décimo : A la demandante al momento de la afiliación al RAIS, no se le realizó ni cálculo, ni proyección alguna, a pesar de contar el fondo privado, con todos los aspectos técnicos, matemáticos y financieros, para realizar la proyección de sus diferentes factores, tales como: su pensión para la fecha de cumplimiento de su edad, pensión anticipada, la redención del bono pensional, saldo que debía acreditar en su cuenta, entre otros. Incurriendo el fondo privado en una omisión en su deber legal y Constitucional; generándole un daño patrimonial y moral.

Decimo Primero : Si la demandante desde el momento de la afiliación hubiese conocido situaciones, tales como, que existiría la posibilidad de no pensionarse a los cincuenta y siete (57) años de edad en las condiciones prometidas (siendo estas el obtener una pensión inferior a la que le habría dado Colpensiones otrora ISS), que su pensión anticipada, estaba condicionada a unos requisitos, que su bono pensional perdería poder adquisitivo, si se hacía efectivo antes de tiempo, de que no se pensionaría por semanas, sino por capital, que su edad de pensión podría ser superior a la edad establecida en el RPMPD, y que su mesada pensional sería menor a la que le hubiese correspondido en RPMPD, jamás hubiese firmado el documento de traslado de fondo, que en la actualidad no le esta generando sino perjuicios emocionales, físicos y económicos, tales como: tristezas frecuentes, depresiones, preocupaciones, cansancio por su avanzada edad, temores por el aplazamiento de su reconocimiento pensional, déficit en su mesada pensional y pérdida del retroactivo pensional, respectivamente.

Décimo Segundo : La equivocada y manipulada asesoría por parte del ejecutivo del FONDO PRIVADO demuestra el evidente daño que se le produjo, porque no podrá pensionarse anticipadamente toda vez que el monto ahorrado en la cuenta individual no le alcanzaría para ello, inclusive ni siquiera a los 57 años de edad, pues en la proyección realizada por la demandada PORVENIR S.A. le dicen que NO se pensionará sino conforme al requisito de 1.150 semanas cotizadas a la edad de 57 años de edad, a través del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Décimo Tercero : Es evidente el error en que se hizo incurrir a la demandante para que se afiliara a PORVENIR S.A, inclusive al entrar en vigencia la Ley 797 y consagrar en el artículo 2 la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media entre

el 29 de enero de 2003 y el 28 de enero de 2004, la demandada no le dio a conocer dicha opción como era su obligación, no obstante con el traslado ya se le había hecho un gran daño. Y para dicha situación deberá tenerse en cuenta que PORVENIR no cuenta con prueba alguna en donde consten las reasesorías hechas a la demandante y mucho menos por este periodo de gracia, establecido por la Ley 797, observándose nuevamente el ocultamiento de información y la omisión en asesorías, generando el perjuicio a la demandante en su derecho pensional.

Décimo Cuarto : La actor solicitó traslado a Colpensiones., pero verbalmente se le ha negado con el argumento de que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad y no tener 15 años o más de servicios al 1 de abril de 1994, al margen de no haber nunca obtenido respuesta escrita de fondo respecto de la misma, acarreado con esta negativa impedirle pensionarse en forma digna, vulnerando de este modo los principios de libre escogencia, pensión justa, mínimo vital y móvil.

Décimo Quinto : El daño que le produjo PORVENIR S.A. en el derecho pensional de la actora, la tiene sometida a una gran depresión, en una crisis emocional que la ha llevado a no querer compartir con sus familiares y amigos, pues considera que el esfuerzo de toda su vida para tener al final un merecido descanso se ha visto truncado por la irresponsabilidad del fondo de pensiones.

Décimo Sexto : Debe recordarse que, al tenor del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, "dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. Exequible Sentencia Corte Constitucional C-114-99

Como puede observarse, la parte actora afirmó en todo momento que quien la hizo incurrir en error por la falta de información y originó el traslado de régimen pensional, fue la AFP PORVENIR, es más, la demanda fue dirigida únicamente y exclusivamente a esa entidad junto con la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, sin que se hubiera siquiera sugerido que la afiliada hubiese estado vinculada en momento alguno con la AFP COLFONDOS, incluso de esta situación no se aportó por parte de la demandante medio probatorio alguno. Sólo hasta la contestación de la demanda por parte de PORVENIR con la aportación del historial de vinculaciones por parte del SIAFP de ASOFONDOS, se pudo constatar que la actora se trasladó de régimen pensional a través de COLFONDOS y también estuvo vinculada en el RAIS con la AFP OLD MUTUAL – hoy SKANDIA. Por esta razón, se ordenó por parte del Juzgado de Conocimiento, la vinculación a la Litis de dichas AFP. Sin embargo, una vez que estas dieron contestación, especialmente COLFONDOS, tal como se anotó en el acápite correspondiente, esta nada dijo respecto a tal vinculación en tanto y en cuanto la demanda, hechos y pretensiones no estaban dirigidas en su contra. Con lo cual, no se conoce cuáles son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio tal vinculación que alega la parte accionante fue con la AFP PORVENIR, pues en efecto no llamó a juicio inicialmente a COLFONDOS ni le endilgó ninguna responsabilidad en su traslado de régimen pensional. Por lo que no es cierto como se afirma por el

recurrente que la demanda sí se haya dirigido igualmente a COLFONDOS, e incluso, de entrada, ante la falta de hechos discutidos o probados en el proceso por parte de esa AFP no habría lugar dar aplicación a esas facultades.

Cabe precisar al recurrente que aquí no tiene cabida el principio *iura novit curia*, consistente en que es el Juez quien debe determinar el derecho aplicable a las situaciones fácticas puestas a su consideración, pues precisamente fue tal la omisión < de lo fáctico > en que incurrió la parte promotora del litigio en la oportunidad de presentación de la demanda, en la que persiste luego en la fijación del litigio, inclusive, pues allí nada dijo respecto a la forma en que fue fijado el mismo, sólo atinó señalar que desistía de aquellas pretensiones relacionadas con las indemnizaciones por perjuicios planteadas inicialmente, de modo que, las pretensiones principales, orientadas a que se declarara la ineficacia del traslado por parte de PORVENIR quedó intacta. De tal modo que no se puede considerar que en el proceso, el debate jurídico-probatorio se haya encausado en modo alguno a que fue COLFONDOS la entidad frente a la cual se echa de menos la falta de información alegada, máxime, cuando en el interrogatorio de parte surtido por la actora se insistió en que fue la primigenia AFP demandada la que no le brindó esas informaciones, inclusive no pudo, en su propia voz, precisar las circunstancias del traslado, porque dijo no tenerlas presentes.

En ese orden de ideas, en sentir de la Sala, la vinculación que se hiciera con posterioridad de la AFP COLFONDOS, en manera alguna puede tener subsanada la omisión de la parte demandante, pues tal como se planteó la demanda, así mismo esta entidad dio contestación a ella indicando que no le constaban esos hechos y pretensiones que no estaban orientados en su contra y tampoco se aportó elemento probatorio alguno que diera cuenta de la vinculación o traslado de régimen con dicha entidad. De modo que, proceder como lo sugiere el recurrente, enrostrando hechos que no se alegaron en el introductorio y respecto de los cuales la citada entidad no pudo ejercitar su derecho de defensa a través de la contestación de la demanda y que por lo demás, de ello no obra mención documental o de otra índole probatoria que así lo corrobore, no es posible derivar el efecto que así se pretende y, por lo tanto, una cosa es que en el acontecer del debate probatorio el Juez pueda apreciar circunstancias no acreditadas hasta ese momento y, otra muy distinta, es que pueda cambiar la fijación de hechos y del litigio que se consuma o consolida en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y SS, que se itera, se basó en las pretensiones, sustentación de las mismas y las contestaciones a que hubo lugar, de conformidad con lo planteado.

Tampoco se puede pretender la aplicación forzosa y automática de las facultades ultra y extra petita que tiene el Juez Laboral de primera instancia, toda vez que si bien las mismas atañen a que se pueda otorgar derechos no pedidos o más allá de los pedidos en la demanda, ello no se extiende hasta el tener en cuenta hechos no invocados en el libelo genitor, es decir, una cosa es que el Juez laboral pueda otorgar más derechos u otros diferentes a los pedidos, pero con fundamento en la causa petendi o sustento fáctico en que se fundan las pretensiones de la demanda y, otra, muy distinta, es que en el curso del proceso y luego de fijado el litigio se invoque una causa petendi diferente con base en unos hechos nuevos de los que no se pudo pronunciar, en oportunidad, la parte a quien afectan, es decir a la parte contra la que se oponen, máxime que en este caso, no se trataría de un hecho sobreviniente ocurrido con posterioridad a la presentación de la demanda, pues es claro que eran de conocimiento previo de la parte demandante, por haber sido hechos ocurridos con mucha anterioridad y en los que ella intervino directamente y por su propia voluntad.

En consecuencia, esta corporación no puede dar aplicación a tales facultades como lo sugiere la recurrente por activa, máxime, cuando en la fijación del litigio se delimitó su objeto a las pretensiones expresamente pedidas en la demanda, tal y como se preció en precedencia, es decir, no se vislumbró lo relativo a la ineficacia del traslado con la AFP COLFONDOS, sino como lo pidió expresamente en el libelo introductor, referente factico y marco o escenario decisional frente al cual, como ya se dijo, estuvo conforme la parte accionante y por ende, así se encaminó el debate probatorio, tal cual es la finalidad de la etapa de fijación del litigio en el proceso laboral. En consecuencia, se confirmará en este punto la decisión adoptada en primera instancia, pues a similares conclusiones se llega por la vía del análisis de contexto de la situación planteada en la apelación con fundamento en las precisas directrices del artículo 61 del CPY y SS, sobre la libre formación del convencimiento inspirado en los principios científicos que ilustran la sana critica probatoria.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS**

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de JESÚS ELIUD ROZO RUBIO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-036-2019-00980-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandada, contra la sentencia emitida el 17 de febrero de 2022 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JESÚS ELIUD ROZO RUBIO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la ineficacia del acto de afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, que Administraba el Instituto de Seguro Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS que administraba el Fondo de Pensiones y Cesantías AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., atendiendo al error bajo el cual se suscribió la afiliación. En consecuencia, se declare para todos los efectos legales que nunca estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., quedando en el RPMPD. Se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses esto es, con los rendimientos que se

hubieren causado del cotizante. Se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de Régimen Pensional. Que se condene a PORVENIR S.A. al pago de una indemnización económica por los perjuicios materiales y morales causados, en cuantía del valor de una mesada pensional a la que se le debe otorgar en el RPMPD, desde el cumplimiento de los requisitos, esto es, desde el día 01 de enero de 2018 fecha en la que reunió las 1300 semanas y hasta cuando se acepte el traslado de manera definitiva. Lo anterior, más el pago de costas, agencias en derecho, lo extra y ultra petita.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató que se trasladó del RPMPD, que Administraba el Instituto de Seguro Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, al RAIS que administraba el Fondo de Pensiones y Cesantías AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 28 de abril de 1995, precisando que en los meses de marzo y abril de 1995 recibió en las instalaciones de la empresa KOTEL S.A. la visita del promotor del Fondo Privado de Pensiones y Cesantías HORIZONTE S.A., en el que lo invitaron a trasladarse del RPMPD al RAIS, precisando que la AFP HORIZONTE S.A., no contaba con personal experto ni profesional en el conocimiento o formación en pensiones o en Régimen de Pensiones. Señaló que la información ofrecida por el asesor de la AFP HORIZONTE S.A, al momento en el que fue persuadido para el traslado de régimen, fue que el traslado al RAIS era obligatorio, dado que no era beneficiario del Régimen de Transición; el régimen de ahorro individual permitía que se pensionará de manera anticipada bajo una modalidad en la cual accedería a una mesada pensional superior en su cuantía a la pensión que hubiera recibido por el ISS. El ISS hoy COLPENSIONES, se iba a acabar y los aportes realizados a esta entidad se perderían si no se trasladaba al RAIS. Que la única posibilidad de recuperar el dinero aportado en el ISS, era afiliándose al RAIS y convirtiendo esos aportes en un Bono Pensional. Que el trámite del Bono se efectuaría dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de traslado al RAIS, para obtener la redención y pago del bono pensional, para ser acreditado con la cuenta de ahorro individual, el cual empezaría a generarle rendimientos financieros hasta el momento de obtener la pensión. De acuerdo con lo anterior, través de engaños y omisión de información lo indujo en error para que se trasladara viciando su consentimiento al momento de suscribir el formulario de vinculación el 28 de abril de 1995. Que las razones señaladas por el Asesor Comercial de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, carecían de todo sustento jurídico y factico máxime cuando al momento de afiliarse le prometió un sin número de beneficios, pero a la fecha, cuando está ad portas de pensionarse, le señaló mediante comunicación del 28 de febrero de 2019, que el valor proyectado de su mesada pensional a los 64 años si continúa cotizando hasta esa edad, sería de \$1.268.000, mientras que en el RPMPD sería de

\$2.500.700. Por lo anterior, la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR., al momento de efectuar la afiliación o en la antesala de la misma, faltó a su obligación legal de informare los efectos jurídicos que acarrearía esta decisión para su futuro pensional. Que al darse cuenta que lo prometido al momento de afiliarse a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR., era un engaño y no correspondía a la verdad, afectando ostensiblemente su mínimo vital ya que la cuantía otorgada por la AFP resultaba ser inferior a la que le otorgaría Colpensiones, radicó ante la AFP PORVENIR, la solicitud de nulidad del acto de afiliación al RAIS y a COLPENSIONES, que se aceptará y legalizará su traslado del RAIS al RPMPD. Tales solicitudes, indicó, fueron negadas. Añadió que en la actualidad cumple con los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de Vejez, esto es, haber cumplido 62 de años de edad y haber cotizado 1300 semanas en cualquier tiempo (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00980.pdf. Pág. 3 a 37).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte del señor **JESUS ELIUD ROZO RUBIO**. De manera que, deberá probarse por la parte demandante el vicio en el consentimiento que se alude para efectos de determinar si procede efectuar el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, máxime cuando al momento de la suscripción del formulario de afiliación era al Fondo Privado al que le correspondía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara una correcta decisión frente a la conveniencia de uno u otro régimen. Agregó que, Además la solicitud afectaría el equilibrio financiero del sistema de mi representada, pues no basta con que la AFP demandada traslade los aportes, el capital ahorrado y los rendimientos, ya que las mesadas pensionales en el Régimen de Prima Meda con Prestación Definida no se financian únicamente con los aportes de la afiliada al RAIS, sino que es el Estado quien proporciona el valor necesario, es decir subsidia la prestación. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)», «buena fe de Colpensiones»,

«falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 02. Contestación.pdf).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones del actor, señalando para tal fin, que la vinculación del demandante con Horizonte S.A. en el año 1995, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 184788 -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT. Por lo tanto, no era procedente declarar la ineficacia referida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, puesto que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. Tampoco existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del código civil, en tanto que la decisión de la parte demandante fue libre, voluntaria y espontánea. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Exp. Digital: 02. Contestación.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 17 de febrero de 2022, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del accionante del RPMPD al RAIS que se hizo efectivo el 28 de abril de 1995, a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima. Sumas que deben ser entregadas debidamente indexadas a la fecha de su pago. Ordenó a Colpensiones recibir e imputar las semanas cotizadas, una vez recibidos los aportes de la historia laboral del demandante. Declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a Porvenir S.A.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que la obligación de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la ley 100 de 1993

donde se señala la posibilidad que tiene el afiliado de elegir de manera libre y voluntaria entre el RPMPD y el RAIS, elección que parte del conocimiento de uno y otro régimen, a partir de allí se conoce sobre el deber donde se señala la reacción sobre que las entidades vigiladas tienen que suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, donde se les permita a través de elementos de juicios claros escoger la mejor opción del mercado a los usuarios. Posteriormente mencionó el artículo 23 de la ley 795 de 2003, aplicable también a las entidades del sistema financieros donde se reiteró el deber de información en cabeza de las administradoras a fin de que los usuarios tomen decisión de manera informada. Agregó que el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna debía observarse con las relaciones de las entidades financieras y consumidores por lo que en relación de ello se incorporó como principios los de la debida diligencia de las administradoras del Sistema general de pensiones cuando ofrezcan sus productos y en la prestación de los servicios encaminados a que los usuarios reciban la información debida y velar porque el interés de los consumidores prevalezca. Aclaró que las asesorías deben ser claras, oportunas y completas para que se pueda dar satisfactoriamente el traslado de régimen al que más le convenga al futuro afiliado. Indicó que la Corte Suprema de Justicia adujo que la información que se le dé a los interesados debe ser completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un afiliado experto y un afiliado lego en materia compleja. Recalcó que el engaño que protesta el actor tiene fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora como era el cambio del régimen de pensiones, destacando que la línea jurisprudencial donde se estableció como consecuencia jurídica del incumplimiento el deber de información al que tenía derecho el potencial afiliado. Indicó que el legislador consagró en la ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador genera la ineficacia y que de acuerdo a ello cualquier transgresión contra este derecho de afiliación a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto y una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrar la información suficiente y objetiva sobre las consecuencias del traslado de régimen y que para que resulte procedente la ineficacia no es necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico, la sola firma del formulario de afiliación no es indicativo de que el afiliado recibió la información suficiente, pues este no es eximente de que las administradoras cumplan con sus deberes. Agregó que las administradoras deben probar el suministro de la información suficiente, clara y veraz a sus afiliados al momento de la afiliación. Finalmente, informó que las AFP deben suministrar a los afiliados los elementos de juicio claros para tomar la decisión y reiteró que no se probó que la fecha inicial del traslado se haya dado la información clara, suficiente y oportuna sobre las

consecuencias de su traslado y que la AFP demandada no demostró el suministro de la información, como tampoco la parte actora confesó haber recibido la información que se requería ni las características de cada uno de los regímenes y menos de las consecuencias del traslado y además indicó que la AFP no cumplió con la carga legal del artículo 167 del CGP aplicable por remisión expresa el artículo 145 el CPTSS. En tal sentido, halló viable declarar la ineficacia de la afiliación en los términos anteriormente indicados.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando para tal efecto que, si bien existe un precedente del órgano de cierre de jurisdicción bajo los argumentos manifestados en diferentes salas, no se ha aplicado de manera objetiva ya que se debe analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia de traslado con base en la falta de información, cuando no era obligatorio brindar o presentar documento diferente o adicional al formulario de afiliación teniendo en cuenta que la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, tenía como única exigencia establecida que se entienda no solo materializado, sino también válido el traslado de régimen que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario y de conformidad con lo vigente. De manera que se cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el RAIS con su acción libre que se ratifica en el tiempo. Adicional a ello para que se evidencie que por más de 20 años el demandante nunca solicitó o interpuso queja ni reclamo o sugerencia a la entidad sino hasta cuando se dio cuenta que no se cumplían sus expectativas económicas por lo que le endilga la responsabilidad de una falta de información, por lo que HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no le practicó dicha información, por lo que no se puede desconocer las obligaciones de los demandantes que es por lo menos realizar el apoyo mínimo a las AFP para brindar la información correspondiente y actualizada para otorgar la información correcta y en tiempo real. Solicitó tener en cuenta la sentencia T-569 de 2015, que habla sobre el principio de favorabilidad respetando el principio de inescindibilidad, es decir, aplicarse de manera entera en su relación con la totalidad del cuerpo material que pertenece, sin que tenga fracciones y tomar lo más favorable de las disposiciones en conflicto, utilizando disposiciones normativas distinto al elegido. Lo anterior, teniendo en cuenta que los únicos elementos que se deberían haber enviado o entregado a Colpensiones, son precisamente las cotizaciones y rendimientos financieros, sin embargo se indica que a pesar de que se decreta la ineficacia también se deben devolver emolumentos que nada tienen que ver

con la pensión de vejez al momento de su reconocimiento, sin embargo, si se daría un enriquecimiento a Colpensiones, toda vez que también realiza un tipo de descuentos de gastos de administración del 3%, lo cual es precisamente para verificar lo de la pensión de invalidez y sobrevivencia. Que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión, por eso, debe estar sujeto a la prescripción. Resaltó que la Superintendencia Financiera ya había establecido cuales eran los elementos para realizar el retorno a Colpensiones, sin embargo, se tiene en cuenta que los gastos de administración también deben ser devueltos y esto se constituye como un enriquecimiento, toda vez que no han trabajado ni administrado los recursos, por ende no tendrían derecho a que se realizara dicha devolución, como si se estuviera desconociendo los rendimientos financieros que ha obtenido el demandante durante todos estos años. Solicitó tener en cuenta que tampoco se devuelvan o tengan prescripción la devolución de la prima de seguros en vista que se cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco ningún tipo de comisiones o prima de seguros. Por eso indicó que debería declararse la prescripción respecto de la devolución de gastos de administración, primas de seguros o sumas diferentes al capital de la cuenta individual del afiliado o rendimientos financieros por lo que no les corresponden a los afiliados estos valores en ninguno de los dos regímenes pensionales, en cuanto no se financia la prestación de vejez, no puede aplicarse su imprescriptibilidad característica de la que goza el derecho pensional.

A su vez, la apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se debe absolver de las pretensiones, toda vez, que si bien en los fallos de la corte mencionados se ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos, lo cierto es que ha venido variando con el tiempo y que para el año de 1995 cuando se trasladó el demandante si bien la ley 100 ya hablaba de que la elección de régimen pensional fuera resultado del debido conocimiento de las características del mismo régimen, para aquella época era imposible para el fondo privado prever en qué condiciones se darían las cotizaciones pensionales del demandante en el futuro, es decir, si serian continuas o demás factores que en dicho régimen varían las condiciones pensionales, por lo que reiteró que la firma del formulario de afiliación por PORVENIR es válido y no hay lugar a declarar su ineficacia ya que fueron firmados de forma libre y sin presiones en cumplimiento del deber de información exigido para 1995, además solicitó no dejar de lado la manifestación de la corte al indicar que cada caso se debe estudiar de forma particular y solicitó estudiar de forma el caso teniendo en cuenta que el demandante no tenía una expectativa legítima de

pensión con Colpensiones. Adicionalmente, indicó que para el año 1995 el demandante no haya recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, se vio saneado con el tiempo ya que estuvo en dicho fondo durante varios años antes de estar inmerso en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, luego si tuvo tiempo para preocuparse como su futuro pensional o para enterarse como fue de conocimiento que Colpensiones pasó a ser la administradora del RPMPD puesto que se liquidó el ISS pero siguió administrando a sus afiliados. Indicó que por el contrario el demandante nunca se acercó a la entidad para preguntar por sus cotizaciones o futuro pensional lo que permite concluir que su voluntad era estar en el RAIS y se exige a los fondos privados cumplir con los lineamientos de los estatutos también se debe aplicar para los afiliados para que estos revisen y se informen sobre los formularios de afiliación. Mencionó que aun cuando la AFP regrese todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual, se sigue viendo afectado el principio de sostenibilidad financiera una vez se tenga que reconocer a futuro la prestación pensional a la que tenga derecho el demandante por lo que es dable aplicar la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera de Colpensiones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada solicitando revocar la sentencia en todas sus partes y como consecuencia se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor. La parte demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación del demandante en el RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y, en tal sentido, de salir adelante esta pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 38 del archivo «01. Expediente digitalizado 2019-00980.pdf», obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de diciembre de 1955, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 06 de mayo de 2019 (pág. 66), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 320,58 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: 02. Contestación, pág. 21), por lo que no se encontraba en la

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el 28 de abril de 1995, por la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (Exp. Digital: 03. Pruebas, Pág. 35).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que,

cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (28 de abril de 1995), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial,

es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargos que tiene que asumir el 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, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Y en lo que refiere a la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ

*SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Tampoco tiene incidencia alguna la financiación del sistema o, que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que el demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

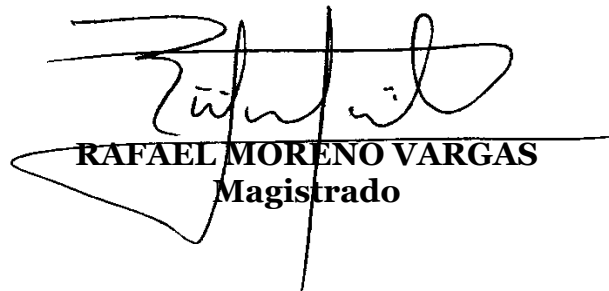
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

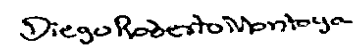
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de JORGE ELIECER BERNAL GALINDO contra LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ RAMIREZ Y OTRA.
Rad. 110013105 037 2019 00761 01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el día 22 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ELIECER BERNAL GALINDO** presentó demanda ordinaria laboral, con la finalidad que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con el señor **LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ RAMÍREZ**, desde el 06 de febrero de 2008 al 01 de marzo de 2019; asimismo, se declare que laboró ochenta (80) horas extras mensualmente durante los años 2012 a 2018. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al demandado al pago de 2.640 horas extras, por los últimos tres años trabajados, así como al pago de indemnización por despido sin justa causa, el pago de la dotación de los últimos tres años de servicios, el reconocimiento y pago de las sumas de dinero correspondientes a la indemnización por falta de pago del artículo 65 del CST; asimismo, el reconocimiento y pago de 260 semanas al fondo de pensiones correspondientes a los años 2008 a 2012, el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones que llegaren a ser probados, de acuerdo a las facultades extra y ultra petita y las costas y agencias en derecho; las anteriores sumas debidamente indexada.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que comenzó a trabajar para el señor **LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ AGUIRRE** a partir del 06 de febrero de 2008 de manera personal, en el cargo de guarda de seguridad, custodiando cuatro establecimientos de comercio, entre ellos la discoteca «CHÁCHARA FELICIDAD BAR» y la panadería denominada PIPIRIPAN, ambos administrados por el demandado y su esposa respectivamente, quienes le impartieron ordenes en calidad de jefe durante los últimos años de servicio; de igual modo, señaló que tenía que hacer guardia en una casa de apuestas denominada «PAGA TODO» y un restaurante, establecimientos ubicados en el barrio Montevideo de la ciudad de Bogotá. En igual sentido, aseguró que su horario laboral asignado en el año 2008 fue de lunes a domingo de 10 PM a 6 AM, recibiendo un día de descanso cada quince días, no obstante, adujo que, a partir de agosto del año 2012, se le exigió trabajar más tiempo del pactado; inicialmente en el año 2008, después de las 6 AM para las labores de oficios varios, con jornada suplementaria de lunes a viernes hasta las 10 AM y los fines de semana hasta las 12 PM, incluso informó que tenía la obligación de trabajar los días 24, 25, y 31 de diciembre de todos los años sin descanso al igual que los días festivos, y solo contando con 10 horas de descanso los fines de semana antes de volver a su sitio de trabajo, con el mismo salario, equivalente a un SMLMV pagadero quincenalmente. Explicó que, sus jefes inmediatos fueron el señor LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ AGUIRRE y su esposa MARLENY RIVERA LIZARAZO, no obstante, durante los últimos seis meses de trabajo, se agregó un nuevo jefe, señor JOSÉ JAVIER VILLARRAGA, administrador de la panadería PIPIRIPAN y quien le realizaba el pago de remuneración mensual, y con quien firmó una carta de renuncia por orden del señor LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ AGUIRRE, so pena de no ser contratado nuevamente en el segundo semestre del año 2018. Informó que la panadería PIPIRIPAN lo contrató a través de su administrador el 01 de septiembre de 2018, bajo un contrato a término fijo por seis meses, con las mismas funciones de guarda de seguridad y oficios varios que ya había desempeñado, y con la misma asignación salarial, pero sin el pago de hora extra alguna, ni seguridad social, prima de servicios y vacaciones. Finalmente, argumentó que posterior a los cinco primeros años de servicio, suscribió contrato trabajo con el demandado LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ AGUIRRE, del cual no se le entregó copia (Expediente digital: Págs. 04 a 17).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El demandado **LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ AGUIRRE** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que, si bien es cierto existió una relación laboral que abarcó el periodo marzo 16 de 2014 hasta

agosto 31 de 2018, pero que dicha relación terminó por voluntad de las partes y sin que hubiese quedado obligación pendiente por satisfacer; estimó que las peticiones base de la actual demanda carecen tanto de sustento fáctico como legal. Por último, precisó que durante el tiempo que duró la relación laboral cumplió a satisfacción con las obligaciones patronales conforme lo ordena el Código Sustantivo del Trabajo. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «falta de causa para reclamar», «prescripción» y «buena fe» (Págs. 25 a 32).

De otro lado, mediante providencia del 13 de noviembre de 2019, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C. ordenó vincular al litigio a la señora **MARLENY RIVERA LIZARAZO** como litisconsorte necesario (Expediente Digital: Pág. 22).

Una vez notificada, la señora **MARLENY RIVERA LIZARAZO** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no existió relación laboral con el señor entre el señor **JORGE ELIECER BERNAL GALINDO** y, en consecuencia, ante la ausencia de un vínculo laboral es palmario que no existe o existió obligación a favor de la parte actora; por tanto, aseguró que en el presente asunto no se evidencia prueba de la cual se pueda inferir que hubo una celebración de contrato laboral. Propuso como excepciones de mérito las de «cobro de lo no debido», «inexistencia de vínculo contractual», «prescripción» y «buena fe» (Expediente Digital: Págs. 55 a 61).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 22 de septiembre de 2021, declaró la existencia de un contrato laboral a término fijo entre el señor **JORGE ELIECER BERNAL GALINDO**, en calidad de trabajador, y el señor **LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ RAMÍREZ**, durante el periodo comprendido entre el 05 de agosto de 2010 hasta el 31 de agosto de 2018, en el cargo de oficios varios y con una asignación correspondiente al salario mínimo de la época, en el horario de 10:00 p.m. a 06:00 a.m. Condenó al señor **LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ RAMÍREZ** a reconocer y pagar los conceptos derivados de la reliquidación salarial con la inclusión de recargos nocturnos, esto es con los salarios adeudados, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, pensión, cálculo actuarial, la diferencia de los aportes con destino a la Seguridad Social en Pensiones desde el periodo del 01 de abril de 2014 hasta el 31 de agosto de 2018, cancelando el valor correspondiente de recargo nocturno. Absolvió a

la señora MARLENY RIVERA LIZARAZO y al señor LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ RAMÍREZ de las demás pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas a cargo de la parte demandada.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que, operó en favor del demandante la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., razón por la que correspondía a la parte demandada desacreditar dicha presunción, a través de las pruebas allegadas al proceso. Indicó que el actor, acreditó la prestación personal del servicio desde el día 16 de marzo de 2014 hasta el 31 de agosto de 2018 en el establecimiento de propiedad del señor LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ, no obstante, advirtió que no existe certeza acerca de a quien prestó el servicio desde el año 2008, máxime cuando en el certificado de existencia y representación legal del establecimiento de comercio CHÁCHARA FELICIDAD BAR tiene como fecha de registro el 05 de agosto de 2010, por lo que indicó que es a partir de esa fecha que puede imputarse la prestación del servicio en cabeza del accionado, precisando que de acuerdo a la valoración probatoria, no se acreditó que a favor de la señora MARLENY RIVERA LIZARAZO se hubiera generado la prestación personal del servicio. Explicó que, en cuanto al reconocimiento del trabajo suplementario y recargo nocturno, bajo el entendido de lo ya referenciado por la Sala Laboral de la CSJ en Sentencia SL 433 de 2018 y en cuanto a la carga probatoria de horas extras, no evidenció dicha situación, toda vez que la carga probatoria no fue suficiente para evidenciar dichos supuestos; sin embargo, adujo que en cuanto al recargo nocturno sí se logró establecer que se hubiese causado, en virtud de la declaración rendida por el mismo demandado. Mencionó que en cuanto a la excepción de prescripción, la demanda fue presentada dentro del término trienal, contemplado en el art. 488 del CST por lo que hubo lugar a su declaración de manera parcial y respecto de los derechos causados con anterioridad al día 17 de octubre de 2016, con excepción al auxilio de cesantías, cuya exigibilidad solo surge a partir de la finalización laboral. En lo concerniente al reconocimiento de la dotación en vigencia de la relación laboral, el cual opera en virtud de la indemnización de perjuicios que se demuestre de los gastos que tuvo que asumir el trabajador frente a ello, declaró que no se halló prueba alguna, aunado a que tampoco encontró fundamento en la indemnización por despido sin justa causa al haber terminado el contrato por mutuo acuerdo. Respecto de la indemnización moratoria decidió que, dado el proceder del accionado, no habría lugar a declarar la misma. Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador debe asumir el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandado presentó recurso de apelación parcial, argumentando que, conforme los arts. 164 CPTSS no se puede apelar a una presunción derruida, al demostrarse que no existió vínculo laboral alguno, como muestran los documentos, validos, legales y vigentes para la época, lo cuales se refieren al contrato laboral suscrito entre las partes desde marzo de 2014. Expuso que de la presunción en relación con el vínculo del 05 de agosto de 2010 hasta marzo de 2013 no tiene soporte fáctico, pues las declaraciones rendidas no fueron claras sino meras apreciaciones, no pudiendo inferir que el demandado era el jefe del demandante, y asimismo, indicó que no hay certeza de su jornada laboral o trabajo complementario. Añadió que no se puede concluir que a partir de la constitución del bar en 2010, el demandante prestó sus servicios, pues además allí se encontraban más personas que eventualmente podrían ser sus jefes, por lo que estimó desacertado, según la jurisprudencia, aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Indicó que en cuanto al recargo nocturno, dentro del vínculo laboral de 2014 a 2018, no hay lugar a ello al haberse acordado entre las partes un turno al que se le dio cumplimiento, estableciendo que cualquier retribución o cualquier derecho remuneratorio que tuviera el accionante, iban a estar inmensos dentro de los pagos efectuados periódicamente, por lo que las condenas como el reajuste de auxilio de cesantías, salarios, intereses sobre reliquidación o compensación de vacaciones, no tienen lugar. Por último, advirtió que frente a la condena de los aportes a la seguridad social entre el periodo 05 de agosto de 2010 y 14 marzo de 2014 al no existir vínculo laboral, no debe existir obligación de pago a dicho periodo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado del demandado se pronunció en similares términos al recurso de alzada; por su parte el apoderado del demandante guardó silencio y no presentó alegatos de conclusión.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo. En caso afirmativo, establecer la fecha de inicio del mismo, así como el horario cumplido por el demandante y la procedencia del recargo nocturno.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS, con la finalidad de establecer si existió un contrato de trabajo realidad entre los señores JORGE ELIECER BERNAL y LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ.

- **TESTIMONIO ROOSEVELT OSORIO SANTA:** Señaló que conoce al demandante ya que trabajaba en un lugar que se llamaba el Glotón, en el año 2007 aproximadamente. Informó que conoce al demandando ya que trabajó para el por un periodo de doce años, en oficios varios como construcción, plomería y vigilancia. Indicó que cuando el demandante se quedó sin empleo después de trabajar en el Glotón, le pidió al señor LUIS FRANCISCO lo ayudara con un trabajo, siendo aceptado por este, donde el señor JORGE ELIECER, le colaboró con el oficio de celaduría desde el año 2007 aproximadamente. Adujo que desconoce si el actor tenía otros trabajos o si cumplía con otras funciones, que conoce que este cuidaba los negocios que

tenía LUIS FRANCISCO y que como se trataba de un sitio grande, había varias cosas como billar, canchas de tejo, rana y el bar. Cuando fue interrogado si conocía otros Jefes en el establecimiento, señaló que los otros hermanos del señor LUIS FRANCISCO. Agregó que mientras él trabajó para el demandado, este siempre canceló sus prestaciones y lo de ley; que con él trabajaban de 15 a 30 personas más. En cuanto al horario del actor, señaló que siempre lo veía llegar a las 10PM y se quedaba hasta las 6 o 7 AM, que abría las puertas al personal que llegaba temprano en la mañana, indicó recordarlo por cuanto trabajaba diariamente desde las 5 o 6 AM hasta las 10PM.

- **TESTIMONIO LEYDI JOHANA BERNAL:** Adujo ser la hija del demandante. Narró que su padre comenzó trabajando en un establecimiento de nombre el Glotón, y después en un asadero de carnes. Informó que empezando el año 2008, el accionante comenzó a trabajar para el demandado, que no lo veían casi porque siempre estaba trabajando, los festivos, navidad, fin de año, por el termino de aproximadamente 5 años. Adujo que a su padre le pagaban el salario mínimo, pero no le pagaban seguridad social; que transcurridos seis años el demandado comenzó a pagarle seguridad social porque el señor JORGE ELIECER le dijo que lo iba a demandar. Informó que su padre en ocasiones llegaba a las 2pm porque se quedaba laborando en la panadería, e incluso a veces no dormía por temor a no despertarse y llegar tarde en la noche a su trabajo, que esta situación sucedía cuando recibía los petacos de cerveza ya que eran más de 1500. Agregó que LUIS FRANCISCO lo contrató, que, aunque los negocios eran familiares, quien lo contrató fue él, que las labores de guarda fueron desde 2008 y que fue hasta el 2013 cuando inició las otras labores.
- **TESTIMONIO JOSE WILLIAM ROMERO:** Señaló conocer al demandante porque trabajó en una ruta que tomaba la zona industrial y se acercaba casi todos los días a tomar tinto a la panadería, y que eso fue aproximadamente en el año 2008 y estuvo en este trabajo por 4 años. Señaló que esporádicamente, iba a tomarse unos tragos los fines de semana al Bar, donde también veía al demandante atendiendo el lugar, por lo que en principio llegó a pensar que él era quien estaba al frente del negocio. Añadió que en ocasiones lo veía recibiendo pedidos de Coca Cola a las 5:30 AM.

Igualmente, se recibió interrogatorio de parte al demandado **LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ RAMÍREZ**, quien insistió en que el demandante no prestó sus servicios para él en periodo anterior a marzo de 2014, pues solo contrató sus servicios desde esa fecha. Informó que lo conoció por cuanto trabajaron juntos para su

hermano, y que no fue sino hasta el año 2010, cuando inició el Bar Cháchara Felicidad, pero que no tenía trabajadores a su cargo, pues el bar era atendido únicamente por él, su esposa y el hijo de su esposa. Que para tal fecha no había quien custodiara los bienes, que el simplemente cerraba el bar y se iba. Agregó en lo referente a las otras labores que aduce el demandante que cumplía que, en el año 2014, el demandante colaboraba en la panadería embolando el pan a las 3.30 am y horneándolo posteriormente. Dijo que Bavaria le ofrecía un personal de apoyo porque el Bar estaba empezando. Que, a partir del 16 de marzo de 2014, comenzó a trabajar el actor en un horario de 11 pm a 6am, descansando una vez por semana y que eventualmente recibía los pedidos de Bavaria. Informó que no pagó liquidación para los años 2008 a 2013, puesto que no tenía empleados pues para esa época trabajaba con su hermano.

Por su parte, el demandante **JORGE ELIECER BERNAL GALINDO**, en su declaración dijo que desde el año 2008 trabajaba para el demandado, pero fue hasta el 2014 cuando firmó un contrato escrito. Referente al último año de servicio, señaló que José Javier Villarraga Rubio, tomó el local en arriendo y con el suscribió un nuevo contrato por seis meses, y que para esa época estuvo afiliado a seguridad social. Informó que el demandado contaba con otro celador a quien a veces le hacía turnos, pero que una vez lo reemplazó en unas vacaciones, pero este no volvió. Que, desde el mes de febrero de 2008 hasta marzo de 2014, el demandado no pagó seguridad social a su nombre. En cuanto a su horario, dijo que la discoteca cerraba de 2.30 a 3.00 AM, y de ahí se dirigía a la panadería, horneaba el pan, atendió la caja, hacía el tinto, caldo, chocolate y servía las mesas, a veces hasta las 10 AM.

De la misma manera, fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Contrato individual de trabajo a término fijo de uno a tres años, suscrito entre el señor **JORGE ELIECER BERNAL GALINDO** y **LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ**, desde el 16 de marzo de 2014 (págs. 39-40, 72-73).
- Afiliación en salud a **COMPENSAR E.P.S.**, con sello de recibido del 08 de abril de 2014 (págs. 41, 74).
- Comunicación salida a vacaciones por el periodo 01 de junio a 21 de junio de 2015 y pago por valor de **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS** (págs. 42-43, 75-76).
- Pago por valor de **CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS** por vacaciones periodo 2016-2017 (págs. 44, 77).
- Pago intereses de cesantías año 2016 (págs. 45, 78).

- Carta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, del 05 de septiembre de 2018(págs. 46, 79).
- Informe pago de cesantías al fondo PORVENIR S.A. (págs. 47-55, 80-88).
- Liquidación final de prestaciones sociales (págs. 56, 89).
- Aportes a pensión año 2018 (págs. 57, 62, 90,95).
- Contrato de arrendamiento de establecimiento de comercio PIRIPAN (Págs. 100-102).
- Historia laboral del demandante (págs. 110-117).

En síntesis, de conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado que el demandante JORGE ELIECER BERNAL GALINDO efectivamente prestó sus servicios para el señor LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ, pues así se desprende de las declaraciones recaudadas a lo largo del proceso, además que, contrario a lo señalado por el recurrente, la prueba testimonial fue clara y contundente, pues la misma da cuenta que el actor prestaba sus servicios de manera personal, desempeñándose en diferentes oficios como vigilancia, atención al público y hasta en labores de panadería y atención de cafetería. Pues aún si se dejara de lado la declaración que rindió la hija del accionante, bastaría con las testimoniales de los señores ROOSEVELT OSORIO SANTA y JOSE WILLIAM ROMERO, para llegar a la misma conclusión, pues ambos fueron lo suficientemente veraces y transparentes, sin lugar a que se tuvieran como meras apreciaciones como lo adujo la apoderada del demandado.

Es así que no cabe duda para esta Corporación, que en el presente caso sí existió un contrato de trabajo entre las partes desde el 05 de agosto de 2010, pues aunque los testigos señalaron que el demandante laboraba en el lugar desde el año 2008, lo cierto es que para dicha calenda el establecimiento de comercio CHÁCHARA FELICIDAD BAR propiedad del demandado LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ no se encontraba matriculado en la Cámara de Comercio, lo que impide a esta Sala establecer que para el año 2008, el demandante sí prestaba sus servicios en el mentado establecimiento y en favor del demandado LUIS FRANCISCO BOHORQUEZ.

Ahora bien, en cuanto a la jornada laboral del actor, se encontró plenamente demostrado que ingresaba a trabajar diariamente a las 10:00 P.M., pues en esto fueron claros todos los testigos, incluyendo el señor ROOSEVELT OSORIOS SANTA, quien fue compañero de trabajo del actor; asimismo, hubo uniformidad en las declaraciones, al señalar que su salida era a las 6:00 A.M. y, aunque la señora LEYDI

JOHANA BERNAL, aseveró que su padre muchas veces llegaba sobre las 2:00 P.M. o más allá de esa hora, dicha afirmación no cuenta con respaldo en las otras testimoniales, razón por la que la Sala, se mantendrá en la decisión de primera instancia, referente al horario que fue demostrado, esto es, de 10:00 P.M. a 6:00 A.M.

En lo que tiene que ver con el pago del recargo nocturno, frente al cual el recurrente aduce que no hay lugar al mismo por cuanto las partes habían pactado un pago en el que no se acordó recargo alguno, debe recordarse que de conformidad con el Art. 168 del CST, habrá lugar al pago de recargo nocturno, cuando el trabajador inicie sus turnos en el horario de 10 de la noche a 6 de la mañana, pues las 8 horas diarias las labora en la noche, recargo que corresponde al 35% sobre la hora ordinaria. Es por ello que, en este punto tampoco le asiste razón al recurrente por cuanto no es necesario que las partes lo acuerden, el recargo nocturno encuentra su asidero en la Ley, y no parte de la voluntad del empleador el ofrecerlo y reconocerlo a su arbitrio.

Por todo lo señalado en precedencia, resulta claro para esta Corporación que la decisión proferida por la primera instancia, atiende en su totalidad a las pruebas debidamente allegadas y practicadas dentro del presente proceso, las cuales dan cuenta con suficiente convencimiento, que el demandante en efecto prestó sus servicios en favor del señor LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ; adicionalmente, es lógico que no solo operó en favor del demandante la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, sino que por una parte el demandado no logró desvirtuar dicha presunción, y en la misma medida las testimoniales que fueron escuchadas en su debida oportunidad, corroboraron que en efecto existió un contrato de trabajo realidad entre el señor LUIS ELIECER BERNAL GALINDO y el señor LUIS FRANCISCO BOHÓRQUEZ, lo que trae como consecuencia la procedencia de las condenas impuestas en primera instancia, puesto que además de que se halló probado el extremo inicial de la relación laboral definido en primera instancia, también lo fue el horario de trabajo, que a su vez ocasionaba la obligatoriedad en el pago del recargo nocturno.

En atención a las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en todas sus partes, pues no fueron allegadas pruebas que demostraran lo contrario. Así se decidirá, sin costas por no haberse causado.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

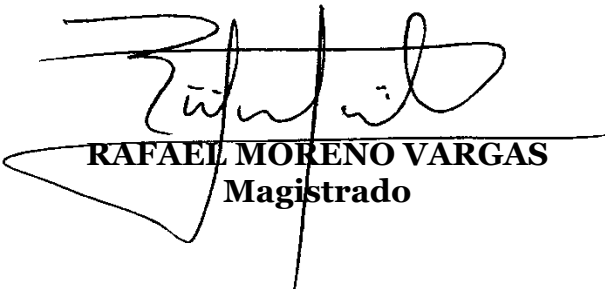
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha 22 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

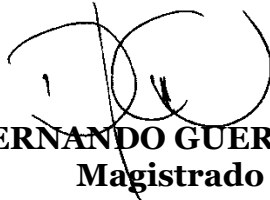
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primer grado corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

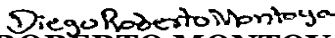
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RUTH LORENA
CORREA RIBON contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad
110013105-038-2019-00073-01**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **RUTH LORENA CORREA RIBON**, presentó demanda ordinaria laboral, con la finalidad de que se declare la nulidad de su afiliación realizada el 13 de junio de 2001 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES –ISS- hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada cotizante, previa liberación de PORVENIR S.A. de sus bases de datos, devolviendo a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y sus respectivos rendimientos causados y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, así como al pago extra y ultra petita de lo debatido y probado en el proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 13 de junio de 1967, informó que empezó su vida laboral el 04 de diciembre de 1986 con el empleador EXTRAS LTDA, donde se afilió al RPMPD cotizando hasta el 13 de junio de 2001, fecha en la cual se trasladó a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y posteriormente a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con ocasión de la visita efectuada por un asesor del RAIS, donde le ofrecieron una serie de beneficios, como el de pensionarse a más temprana edad, con un monto más alto, pero sin indicarle las consecuencias y características propias entre uno y otro régimen pero sí asegurándole que el ISS iba a ser liquidado y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo; así entonces, suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A. el 10 de agosto de 2011, sin tener información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional. Expuso que diligenció formulario de traslado de régimen con radicado el 10 de diciembre de 2018 ante COLPENSIONES, la cual rechazó su solicitud, por lo que el 14 de noviembre del 2018 presentó a PORVENIR S.A. reclamación administrativa de nulidad de la afiliación del traslado del régimen, y esta a su vez le negó su petición el 18 de diciembre de 2018. (Exp. Digital. 01CuadernoFisico Págs. 64 a 88).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones de la demanda, argumentando que, la accionante solicitó nulidad de traslado régimen pensional a COLPENSIONES encontrándose afiliada al RAIS, tiempo para el cual se encontraba a menos de 10 años para acreditar la edad para acceder a la pensión de vejez, de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003, estableciendo que, para esta data, ya se enmarcaba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente. Resaltó que es inverosímil que la actora alegue que evidenció irregularidades en su traslado, sin haber formulado duda o inquietud en la decisión tan importante que ello implicaba, siendo hasta después de más de 15 años de estar afiliada y después de encontrarse a menos de 10 años para acreditar la edad exigida por la ley para para acceder a la pensión de vejez, que decide solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP. Adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo cual no fue procedente activar su afiliación. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el

consentimiento», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas», «innominada o genérica» y «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguro social del orden público» (01CuadernoFisico Págs. 118 a 134).

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal efecto que, la afiliación de la parte actora con PORVENIR S.A. fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual, a su vez, se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT., agregó que por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPMPD como en el RAIS se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes, explicó que la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte de la demandante. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Exp. Digital. 01CuadernoFisico. Págs. 169 a 194).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, se relevó del estudio de las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las personas que cumplan con los requisitos para ser afiliados al RAIS no podrán ser rechazadas por los fondos privados, en tanto, podrían incurrir en una conducta de selección adversa, por lo cual la AFP tenía la obligación de admitir la afiliación del demandante. Explicó que valoradas las pruebas, específicamente el interrogatorio de parte, da cuenta que a la accionante en el año 2001, al momento de la afiliación, le fue suministrada información acerca de las características puntuales del RAIS, lo que le permitía adoptar una determinación adecuada a las condiciones de dicho momento, sumado a que tenía una

preconcepción respecto a la situación de crisis que presentaba el ISS, más aún cuando para ese entonces podía realizar el cambio de régimen cada tres años, por lo que considera que se le brindó información a la demandante para que tomara la decisión que más le era conveniente para la época, que no generaría la ineficacia de la afiliación por el cambio en las condiciones con el pasar del tiempo. Agregó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es menester probar que no hubo un consentimiento informado y que esa circunstancia se originó en un error, fuera o dolo, sin que en el sub lite lo encontrara acreditado. Agregó que en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral, aun sin haber diligenciado un formulario de afiliación, y probablemente sin que tampoco se haya recibido información suficiente al momento de empezar a efectuar las cotizaciones, estima la Corte que la persona manifestó indirectamente su intención de permanecer en la sociedad a la cual realiza aportes y no puede truncarse su derecho prestacional por la falta del formalismo, como lo es el correspondiente del formulario, por ello, el a quo consideró que si ello es así, por la ausencia de prueba que acredite el suministro de información, tampoco podría verse truncado el derecho prestacional, además, precisó que no puede desconocerse que la actitud del afiliado de cotizar consistentemente durante más de 20 años al Régimen de cara a la estructuración de un derecho pensional, lo que denota el compromiso serio de la actora de permanecer al RAIS, afirmando que no podía desconocer la configuración de una afiliación tácita con el transcurrir del tiempo por parte de la demandante, que genera efectos y dada la variación de las condiciones con el transcurrir del tiempo, no puede permitirse declarar la ineficacia.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la demandante apeló la decisión, con la finalidad de que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que, el A quo realizó una valoración inadecuada del interrogatorio de parte rendido por el demandante, puesto que aquella no afirmó que recibió una asesoría individualizada, sino que un funcionario de la AFP lo abordó, así mismo, señaló que al momento del traslado del régimen, la AFP sólo le informó las ventajas del traslado, guardando silencio sobre las desventajas, yendo en contravía de la línea jurisprudencial decantada desde el año 2011, así la accionante tuviera algún conocimiento en seguridad social, pues está establecido por el órgano de cierre de la jurisdicción las etapas del deber de información, no siendo expectativas y donde también se estableció que los efectos dados posteriores al traslado no son saneables, consideró que no hay prueba que demuestre actos de relacionamiento y finalmente, expresó que dentro de la práctica

de pruebas no hubo confesión por parte de la demandante y el asunto debe ser analizado desde la línea jurisprudencial ya mencionada y no desde la legislación civil.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la contestación, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de

trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la parte actora el 13 de junio de 1967 (Exp. Digital. 01CuadernoFisico.pdf. Pág. 31), por lo que la edad de 57 años la cumplirá el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 10 de diciembre de 2018 (Págs. 32 a 34), es decir, cuando evidentemente ya estaba a menos de diez años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos no contaba con semanas de cotización al ISS, pues apenas se vinculó al RPMPD el 04 de diciembre de 1996 (Págs. 135 a 137), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 13 de junio de 2.001 (Pág. 56), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese

informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Pág. 56), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la parte accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte de los funcionarios de la época.

De tal manera que la Sala concluye que no le asiste razón al fallador de instancia, dado que la jurisprudencia impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, el cual no se encontró cumplido en el presente evento por la pasiva.

Así, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de junio de 2.001, pág. 56), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco es relevante que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen; precisándose que los argumentos expuestos por la parte recurrente no tienen la entidad suficiente para modificar el criterio expuesto, que desde luego se encuentra basado en la doctrina probable que actualmente marca el Alto Tribunal al respecto.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y, en consecuencia, deberá la AFP PORVENIR S.A., entidad donde se encuentra afiliada actualmente, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la aquí demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y

valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, todo debidamente indexado (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 SL1689-2019 y más reciente CSJ SL5280-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de PORVENIR S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

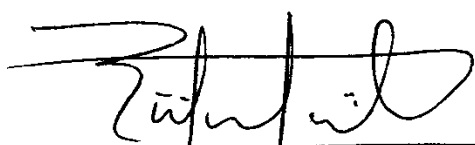
PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio y, en su lugar, **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **RUTH LORENA CORREA RIBON** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS- ante la **AFP PORVENIR S.A.** el 13 de junio de 2001; y como consecuencia de ello, **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, entidad donde se encuentra afiliada actualmente la accionante, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración y el valor de los seguros previsionales, todo debidamente indexado, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

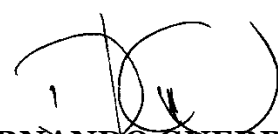
TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SANDRA CLEMENCIA
URREA RODRIGUEZ contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad
110013105-038-2020-00204-01**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **SANDRA CLEMENCIA URRÉA RODRIGUEZ** presentó demanda ordinaria laboral, con la finalidad de que se declare la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD– al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS– efectuado por la AFP HORIZONTE S.A hoy AFP PORVENIR S .A. con fecha de efectividad el 05 de mayo de 2005; todo por la trasgresión al deber de información al no informarle de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio del régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas, declarando y condenando la ineficacia de dicha afiliación al RAIS, efectuada inicialmente a la AFP PORVENIR S.A. y así, se tenga que para efectos pensionales siempre ha estado afiliada y vinculada al RPMPD administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, devolviendo los aportes a COLPENSIONES de todas las sumas de dineros, bonos,

cotizaciones, sumas adicionales, costos de administración, recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichos dineros estuvieron el poder de la administradora, y, al momento de reconocer y cancelar su pensión por vejez, ellos se realice aplicando lo dispuesto por los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, con el ingreso base de liquidación que le resulte más favorable. Finalmente solicita condenar a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 05 de enero de 1968, informó que el 16 de enero de 1991 se afilió a través de su empleador BEROL S.A. al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS- hoy Administradora Colombiana De Pensiones — COLPENSIONES-, permaneciendo afiliada al RPMPD administrado por dicha entidad hasta 30 abril de 2005, sumando un total de 350.29 semanas cotizadas. Explicó que, en su lugar de trabajo fue abordada por un asesor comercial de la AFP HORIZONTE S.A hoy AFP PORVENIR S.A., para ofrecerle la posibilidad de vincularse a esta AFP trasladándose a este régimen pensional, a lo cual terminó accediendo con la firma del formulario de afiliación el día 05 de mayo de 2005, quedando vinculada a partir del 1 de mayo de 2005. Manifestó que al momento del traslado a la AFP PORVENIR S.A., no fue asesorada por ese fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro fondo de pensiones, las prestaciones económicas que se obtendrían en el RAIS, los beneficios, riesgos, ventajas o inconvenientes de este régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensión, agregó que hasta la fecha de presentación de la demanda no está pensionada por ningún fondo de pensiones. Aunado a ello, precisó que diligenció reclamación administrativa solicitando la nulidad del traslado régimen y la afiliación nuevamente COLPENSIONES la cual le fue negada, del mismo modo, presentó reclamación administrativa de nulidad de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., la cual también le fue negada después de aproximadamente cuatro meses. (Exp. Digital. CONTESTACION Y ANEXOS, Págs. 02 a 18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal efecto que, al momento de suscribir el formulario, la accionante lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría

de manera verbal con información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Expresó que si lo que arguye la demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda, y de acuerdo con los documentos aportados, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen. Añadió que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para cualquiera de los regímenes, que no tiene ninguna relación con la determinación de la mesada pensional, según lo ha establecido así la Corte Constitucional en Sentencia C-086 de 2002. Por último, argumentó que se pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, además, indicó que la actora no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenta sus pretensiones, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Exp. Digital. CONTESTACION Y ANEXOS Fls. 01 a 28).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones de la demanda, argumentando que, el traslado de los aportes realizado por solicitud de la demandante, se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de solicitud de afiliación a PORVENIR S.A. en el año 1996, cumpliendo con los requisitos establecidos por la jurisprudencia. Arguyó que la demandante solicitó nulidad de traslado de régimen pensional a COLPENSIONES encontrándose afiliada al RAIS, tiempo para el cual contaba con la edad para acceder a la pensión de vejez, de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003, por lo que concluyó, que para esta data, su situación ya se enmarcaba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente, no obstante, la incoante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse con una norma anterior a la Ley 100 de 1993, dado que, al 1 de abril de 1994, no contaba con la edad 35 años y/o 15 años de servicios cotizados al Sistema General de Pensiones, pues una vez revisada su historia laboral,

no acreditó dicha densidad de semanas requeridas para ser beneficiaria del régimen de transición; todo ello sin dejar de lado los deberes que tenía como afiliada, como lo es el de informarse respecto del contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas», «innominada o genérica» y «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguro social del orden público» (Exp. Digital. Contestación Nulidad de traslado Sandra Clemencia Urrea Rodríguez Págs. 01 a 19).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 03 de diciembre de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada uno de las pretensiones incoadas en la demanda, se relevó del estudio de las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las personas que cumplan con los requisitos para ser afiliados al RAIS no podrán ser rechazadas por los fondos privados, pues podrían incurrir en una conducta de selección adversa, por lo cual la AFP tenía la obligación de admitir la afiliación de la demandante. Preciso que en los términos anotados por la actora, su proceso de afiliación no se dio a instancia de la administradora, sino en trámite con el empleador, para lo cual, analizada la existencia de un vicio en el consentimiento, encontró que no se evidenció algún tipo de constreñimiento para efectuar el traslado, máxime cuando, la afiliación se llevó a cabo por un trámite directo de su empleador, por lo que su derecho de libre elección no se vio afectado, aclarando que en un escenario deferente, para el año 2005, no era inconveniente la elección de cierto fondo privado, más aún, cuando existía la posibilidad cada cinco años de un retorno de régimen, sumado a que en el año 2014, con ocasión en su cambio en el IBL pudo haber realizado las valores correspondientes y no lo realizó.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la demandante, apeló la decisión con la finalidad de que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que, no puede tomarse como un hecho diferente el traslado de régimen y la asesoría brindada a la demandante; advirtió que no se tuvo en cuenta la presión que ejerció el empleador por la premura

de la afiliación al fondo para la celebración del contrato de trabajo, lo que coartó su libertad de escogencia. Informó que en línea jurisprudencial plasmada en la Sentencia de la CSJ SL 14522019 Rad. 68852 se ha reiterado que el deber de información recae sobre los fondos de pensiones y dentro del proceso se logró probar que ello no se dio, y se omitió dar a conocer la incidencia de la decisión de la actora y las consecuencias que ello acarrearía. Asimismo, señaló que la Ley 075 de 2003 en su artículo 20 ha manifestado que el deber de información por parte de las administradoras de pensiones preexiste, en el sentido que la información siniestrada tiene como propósito no solo tomar la mejor opción de mercado, sino también de tomar decisiones informadas, lo que ratifica que el empleador se ciñó a la firma del formulario, y luego, el fondo al percatarse de ello brindó una simple asesoría que no cumplió los parámetros legales, así entonces, sin los elementos de juicio suficientes y con la adherencia a un formulario por su simple firma, sin preceder una debida asesoría ilustrando las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, como los riesgos y consecuencias, estimó se incumplió con la obligación respecto de la carga de la prueba por parte del fondo demandado, como en reiterada jurisprudencia se ha establecido

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado de la demandante presentó alegatos en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando revocar el fallo proferido. Por su parte, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegaciones en similares términos a los expresados en la contestación y solicitaron se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la parte actora el 05 de enero de 1968 (Exp. Digital. 02ORDINARIO 2020-204.pdf. Pág. 21), por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES el 08 de noviembre de 2019 (Págs. 25 y 48), es decir, cuando evidentemente ya estaba a menos de diez años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 5,71 semanas de cotización aproximadas al ISS (Págs. 53 a 57), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 05 de mayo de 2.005 (Pág. 43), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la

administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Pág. 43), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la parte accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos. Incluso, con mayor razón ha de llegarse a tal conclusión de falta de información, si se determina, como lo efectuó el a quo que el traslado se hizo a instancia del empleador, por presión del mismo, con lo cual no se supera el hecho de que la administradora debió en todo caso suministrar la información en los términos antes expuestos.

Así, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (05 de mayo de 2005, pág. 43), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco es relevante que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen; precisándose que los argumentos expuestos por la apelante no tienen la entidad suficiente para modificar el criterio expuesto, que desde luego se encuentra basado en la doctrina probable que actualmente marca el Alto Tribunal al respecto.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y, en consecuencia, deberá la AFP PORVENIR S.A., entidad donde se encuentra afiliada actualmente, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la aquí demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, todo debidamente indexado (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 SL1689-2019 y más reciente CSJ SL5280-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de PORVENIR S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

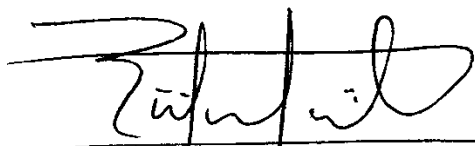
PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **SANDRA CLEMENCIA URREA RODRIGUEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** el 05 de mayo de 2005; y como consecuencia de ello, **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, entidad donde se encuentra afiliada actualmente el accionante, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración y el valor de los seguros previsionales, todo debidamente indexado, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CHRISTIAN FERNANDO AMAYA CORREA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y OTROS. Rad. 110013105-039-2019-00265-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 09 de diciembre de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **CHRISTIAN FERNANDO AMAYA CORREA** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS– efectuado ante la AFP COLFONDOS, por cuanto no le suministró una información completa y comprensible acerca de su traslado omitiendo el deber de información sobre los riesgos que debía asumir al vincularse a COLFONDOS. En consecuencia, se ordene a la AFP COLFONDOS y a la AFP PORVENIR trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación y aceptar el traslado de todos sus aportes sin solución de continuidad desde el 6 de julio de 1981. Finalmente, se condene al pago de costas procesales y agencias en derecho, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 30 de marzo de 1961, se afilió al Instituto de Seguros Sociales –ISS– hoy COLPENSIONES el día 6 de julio de 1981, previo traslado al RAIS aportó un total de 579,14 semanas, para el 01 de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales –ISS–. Manifestó trasladó sus aportes a COLFONDOS S.A. el día 10 de octubre de 1994, momento en el que no recibió la información adecuada acerca de las ventajas y desventajas, ni las diferencias entre los regímenes pensionales, como tampoco sobre el valor de la mesada pensional, aseguró le informaron que el ISS como entidad se iba a acabar y con base en esa información suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A. Añadió que el 16 de noviembre de 2007, cambió a PORVENIR S.A., y finalmente en abril de 2009 decide nuevamente vincularse a COLFONDOS S.A., informó que cumplió 52 años el día 30 de marzo de 2013 estando afiliado a COLFONDOS S.A., sin informarle que antes de los 52 años podía retornar al RPM. Actualmente cuenta con 1.727,72 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Explicó que solicitó el 1 de febrero de 2019 la invalidación de afiliación a la AFP y el 6 de marzo de 2019 radicó formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES, entidades que negaron la petición (Exp. Digital: «01. ExpedienteDigitalFolios1a144.pdf». Págs. 102 a 118).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación del demandante al RAIS es válida y eficaz por lo que no existe justificación legal para que se declare la nulidad. Agregó que la afiliación constituye un acto jurídico plenamente valido, emanado de la voluntad del demandante y del cual nacieron obligaciones, por haber sido una decisión libre y voluntaria. Mencionó que el actor se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión. Indicó que el demandante no hizo uso del derecho de retracto dentro de los cinco (5) días hábiles a la selección de régimen, de otro lado explicó que el demandante al momento de afiliación al RAIS se encontraba frente a una mera expectativa pues para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el primero de abril de 1994 el demandante contaba con 33 años y no contaba con el requisito de semanas o tiempo de servicios para regresar al RPM, tampoco conservó el régimen de transición al retornar cuando le faltaban menos de 10 años. Señaló que, de acuerdo con los documentos aportados por el demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Formuló como excepciones de mérito las

de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad» «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «innominada o genérica» (Exp. Digital: «01. ExpedienteDigitalFolios1a144.pdf». Págs. 128 a 163 y «10. ColpensionesSubsanaContestacion20210722.pdf» Págs. 1 a 2).

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, el traslado del demandante se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación contenidas en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993. Mencionó que el accionante al momento de afiliarse al RAIS, se sometió a todas sus características y condiciones de manera libre, voluntaria y espontánea, sin coacción alguna. Adujo que el formulario de vinculación contiene la firma del accionante, lo que permite deducir que no existió coacción al momento del traslado. Expresó que el actor esta válidamente afiliado al RAIS, por tanto, no hay lugar al traslado de los conceptos pretendidos, incluidos los gastos de administración. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (Exp. Digital: «11. SubsancionContestacionColfondos20210723.pdf». Págs. 1 a 15.)

Por su parte, **PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal fin que, la afiliación fue producto de una decisión libre de presiones y apremios. Aseveró que se debe acreditar la falta del deber de información, con la finalidad de determinar si procede o no la nulidad solicitada. Adujo que se debe tener en cuenta la permanencia ininterrumpida del actor en RAIS, aunado a que, no se probó la existencia de una conducta dolosa que impidiera o atentara contra el derecho de afiliación del demandante. Como excepciones de mérito, formuló las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Exp. Digital: «05. ContestacionPorvenir.pdf». Págs. 1 a 23, y «12. SubsancionContestacionPorvenir20210726.pdf». Págs. 1 a 2).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 09 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado al RAIS del demandante a través de COLFONDOS S.A. de fecha 01 de noviembre de 1994, así como de las demás afiliaciones en el RAIS, esto es, la afiliación que se realizó de COLFONDOS S.A., a PORVENIR S.A. y luego de PORVENIR a COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que obran en la cuenta del demandante, junto con los rendimientos y gastos de administración que recibió desde el 01 de noviembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2007, y desde el 01 de mayo de 2009 y hasta que se haga efectivo el traslado. Igualmente, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que obran en la cuenta del demandante, junto con los rendimientos y gastos de administración que recibió desde el 01 de enero de 2008 hasta el 30 de abril de 2009, sumas de dinero que deben estar indexadas. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros y a reactivar la afiliación del accionante al RPMPD sin solución de continuidad.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993, señala que la selección de uno de los regímenes debe ser libre y voluntaria, además de que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha dicho que las AFP tienen la obligación de suministrar una información que permita al afiliado tener en consentimiento informado, de forma que pueda elegir sobre todas las opciones. Adujo que en el caso concreto a quién le corresponde la carga de la prueba es a las AFP, quienes no cumplieron con esas cargas que le imponen las normas sustanciales y procesales, es decir, sostiene la juzgadora no se allegó en el proceso prueba alguna que evidencie, con grado con grado de certeza, que efectivamente COLFONDOS en la afiliación inicial dada en octubre 1994, como la de noviembre de 2007 en PORVENIR, cuando se firmó el formulario se suministró toda la información necesaria, de tal suerte que al demandante le haya quedado efectivamente claro, si le convenía trasladarse al régimen de ahorro individual, ese deber de información no se exige únicamente única y exclusivamente a COLFONDOS S.A., sino que se exige de todas las entidades que con posterioridad intervinieron en las afiliaciones del demandante, esto es la AFP PORVENIR, lo anterior atendiendo a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, aunado a que la oportunidad debida era antes del 30 de marzo del 2013, fecha en la que el demandante cumplió el límite para retornar al Régimen de Prima Media.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación parcial en contra de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, argumentando que obedecieron a un descuento legal. Esgrimió que se desconoce el principio de las restituciones mutuas restitución mutua, aunado a que, cuando el demandante se trasladó a HORIZONTE se enviaron los rendimientos financieros a esa AFP. Mencionó que los seguros provisionales fueron usados para cumplir con la exigencia legal de tener afiliado al demandante a un seguro de invalidez y sobrevivencia, es decir, que los emolumentos fueron pagados a un tercero de buena fe. Aseguró que se causa un enriquecimiento sin justa a favor de Colpensiones y el demandante, toda vez que se ordena la devolución de los gastos de administración de manera indexada, desconociendo la gestión del fondo. Agregó que, pese a que esos emolumentos podrían servir para financiar la pensión del demandante, lo cierto es que al ser trasladados a Colpensiones, aquellos ingresan a un fondo común del que se benefician todos los afiliados al RPMPD.

La apoderada judicial de **PORVENIR** formuló recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando en primer lugar, sobre la ineficacia de la afiliación del demandante a fondo, dado para el año 1994, cuando el demandante hace su traslado de régimen pensional, con COLFONDOS e inclusive para el año 2007, cuando hace un traslado hacia HORIZONTE hoy PORVENIR, no existía el deber de información en los términos en que lo señala el despacho. Advierte que para dicha época el traslado de régimen pensional estaba regulado única y exclusivamente por el literal b del artículo 13, de la Ley 100 de 1993 que hace alusión a una afiliación libre y voluntaria, es decir, sin ningún grado de coacción por persona natural o jurídica, para tal efecto se trasgrede el principio de seguridad jurídica, pues se le restó valor probatorio al formulario de afiliación, documento que para el momento de la afiliación, constituía plena prueba de la existencia y validez del acto, aclarando que para esa data no era obligatorio documentar las asesorías. Aseveró que antes del traslado de régimen, el demandante recibió información completa y oportuna sobre las implicaciones de su decisión. Señalo lo manifestado por el actor en el interrogatorio como una confesión, cuando indica que las razones para retornar al RPM son claramente económicas y que con ocasión de las conversaciones que tuvo con algunos de sus amigos o compañeros, podría obtener una pensión más alta, inclusive confirmado por sus asesores jurídicos. Indicó que debe ser analizado que el afiliado al Sistema General de Pensiones como consumidor financiero, nunca se interesó por su derecho pensional porque así lo manifestó en el interrogatorio de parte, jamás se acercó al fondo, tampoco lo hizo en HORIZONTE, solo lo hizo hasta el año 2016, cuando se encontraba desempleado y cerca a la edad para acceder a su

derecho pensional. Mencionó que, para aplicar el precedente jurisprudencial, se deben atender las particularidades de cada caso, de forma que se debe valorar la información con la que contaba el afiliado al momento de vincularse al RAIS, así como su conducta. En caso de confirmar la decisión, solicitó no ordenar el traslado de los gastos de administración, por tratarse de un descuento autorizado por la ley, que no buscan financiar la pensión. Aclaró que es contradictorio permitir que el actor conserve los rendimientos financieros generados por la buena gestión del fondo, mientras que se exige la devolución de los gastos de administración. Agregó que el traslado de emolumentos cuando se efectúa un traslado está regulado por el artículo 7 del Decreto 3935 de 2008, norma que no enuncia los gastos de administración.

Por su parte, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación parcial, argumentando que, no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento o falta de información por parte de las AFP. Aseveró que, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, el demandante estaba ejerciendo su derecho, luego de haber sido debidamente informado. Resaltó que aun cuando el demandante no se encontrara satisfecho con la información que recibió al momento del traslado, tuvo la posibilidad de solicitar y ampliar la información en varias ocasiones. Trajo a colación lo establecido en línea jurisprudencial por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia referente a los comportamientos o actos de relacionamiento en la afiliación y como pueden verse traducidos en acciones concretas de afiliados, tales como presentar solicitudes de información, que denotan el compromiso y la correspondencia entre la voluntad y la acción. Aclaró que el hecho de que el demandante no recuerde haber recibido información, no supone que aquella no fue brindada, aunado a que, durante su afiliación al RAIS no presentó ninguna objeción o reclamación alguna, hecho que ratifica su voluntad de permanecer afiliado a dicho régimen.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron sus alegatos en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. La parte actora, solicitó que se confirme. La demandada COLFONDOS S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente administrativo aportado al plenario (GEN-DDI-CI-2019_2995794-20190306094245), obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 30 de marzo de 1961, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

afiliación, mediante formulario de traslado de régimen radicado ante COLPENSIONES el 6 de marzo de 2019 (Exp. Digital: GAF-FAF-AF-2019_2995794-20190306094245), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 548,28 semanas cotizadas al ISS (GRP-SCH-HL-66554443332211_1659-20191120110514), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 10 de octubre de 1994 (Exp. Digital: «01ExpedienteDigitalFolios1a144.pdf». Págs. 76.) Específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a los fondos accionados COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (Exp. Digital: 01. *ExpedienteDigitalFolios1a144.pdf*». Pág. 76.), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin de que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin

presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le haya dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (10 de octubre de 1994, Exp. Digital: «01ExpedienteDigitalFolios1a144.pdf». Págs. 76.), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, objeto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que, *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la

ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que el actor hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

Sobre los actos de relacionamiento, se precisa inicialmente que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

«[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

Aunado a ello, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:

«Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016».

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de

manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

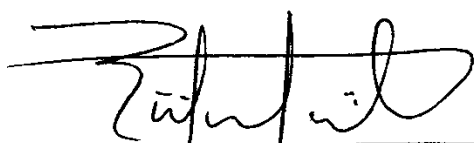
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

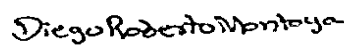
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MANUELA FANDIÑO
ALDANA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-039-2020-00200-01.**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR Y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 14 de diciembre de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **DIANA GARCIA MOSQUERA** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare que el contrato de afiliación realizado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 30 de mayo de 2003 se encuentra afectado por un vicio en el consentimiento por error, por lo tanto, su afiliación debe ser restituida al estado inicial en la que se encontraba antes de realizar el traslado y para ello deben devolverse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD todos los aportes realizados junto con los

rendimientos obtenidos, para que así, se active su afiliación a COLPENSIONES. En ese orden de ideas, solicitó se condene a PORVENIR S.A. a dejar sin efectos por ineficaz, la afiliación a través de la cual le fue realizado su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, de manera que le sean integradas las semanas de cotización en su historia laboral para el reconocimiento de su prestación de vejez. Finalmente solicita se condene ultra y extra petita, así como el pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 13 de febrero 1961, que se afilió al antiguo Instituto de Seguros Sociales -ISS hoy COLPENSIONES el 20 de noviembre de 1978 y aportó a ese régimen hasta el 30 de Junio de 2010, agregó que le hicieron firmar un formulario de vinculación o traslado a PORVENIR S.A. el día 30 de mayo de 2003 por una convocatoria de empleo realizada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y así fue afiliada a la AFP PORVENIR S.A. en la fecha antes referenciada, siendo verificada por parte de la AFP el 12 de junio de 2003. Informó que el 30 de julio de 2003 radicó ante la AFP PORVENIR S.A. petición a través de la cual solicita aclaración sobre el hecho de que le hayan inducido a firmar un formulario de afiliación por parte de dicha AFP, especificando que no autorizó ni tenía intención alguna de hacer dicho trámite, a lo que el 25 de agosto de 2003 PORVENIR S.A., a través de misiva manifestó que el retracto solicitado no era posible realizarlo de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1181 de 1994. Así las cosas, el 08 de agosto de 2018, radicó derecho de petición ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través del cual solicitó certificar si tuvo relación laboral con la entidad en cualquier momento, a lo cual, le respondieron que no se encontraron registros de contratos de prestación de servicios. Relató que el 31 de mayo de 2003 fue con su amiga NUBIA YAMILE AMEZQUITA a la convocatoria realizada por la Registraduría Nacional del Estado Civil junto con aproximadamente 150 personas más quienes firmaron documentos, manifestó que los encargados de la logística de la convocatoria preguntaron quienes venían afiliados del antiguo Instituto de los seguros Sociales separándolos del grupo grande y recogiendo las cédulas de ciudadanía con las hojas de vida y haciendo firmar una serie de documentos que según ellos debían ser diligenciados para acelerar el proceso del empleo que estaban solicitando, por lo que tuvo que firmar los documentos que le proporcionaron de forma rápida y sin ninguna asesoría. Arguyó que el 09 de marzo

de 2009, radicó petición al ISS hoy COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen y advirtiéndole que ya había cumplido los cinco años de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., de lo cual no obtuvo respuesta, por lo que también radicó su petición el 16 de junio de 2010 a PORVENIR S.A. solicitando una vez más el traslado al I.S.S. y como respuesta obtuvo que no tenía los quince años de cotizaciones, no cumpliendo de esa manera con los requisitos de constitucionalidad. En tales circunstancias, presentó derecho de petición ante COLPENSIONES el 18 de marzo de 2020, solicitando la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por PORVENIR S.A., sin embargo, aclaró que, a la fecha de presentación de la demanda no obtuvo respuesta (Exp. Digital 01Folio1A91 Págs. 1 a 36).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal fin que, el traslado efectuado por PORVENIR S.A. goza de completa validez, en la medida en que se le proporcionó a la demandante información clara, veraz y oportuna. Igualmente, resaltó que la entidad le informó acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Especificó que, en cuanto a la omisión de la información, debe aclararse que la misma jamás se presentó, toda vez que en cuanto al RAIS, la AFP le manifestó a la demandante que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros, otorgando la información necesaria de manera suficiente para que la demandante tomara una decisión libre, voluntaria e informada, de acuerdo con los requisitos y características vigentes para su momento, por lo que consideró que la demandante

pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP, además, la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios, y, de argüir la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda. Como excepciones de mérito, formuló las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Exp. Digital: 02ContestaciónDemanda, Págs. 01 a 26).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, indicó no evidenciar dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la accionante, al contrario las documentales se encuentra sujetas a derecho, agregó que, la accionante no cumple con los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, explicó que la Corte Suprema de Justicia SL 373-2021, moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual. Formuló como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «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» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 03contestación.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 14 de diciembre de 2021, declaró que el traslado que hizo la señora MANUELA FANDIÑO ALDANA del RPMPD al RAIS, con efectividad a partir del 1 de julio de 2003, a través

de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del RPMPD. Condenó a PORVENIR S.A. a que transfiera al RPMPD todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, estas comisiones últimas debidamente indexadas. Ordenó a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia y que reactive la afiliación de la demandante en el RPMPD sin solución de continuidad. Por último, condenó a PORVENIR S.A. al pago de las costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que el artículo 13, literal b de la ley 100 de 1993 señala que la selección de uno de los regímenes debe ser libre y voluntaria, además de que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha dicho que las AFP tienen la obligación de suministrar una información que permita al afiliado tener en consentimiento informado, de forma que pueda elegir sobre todas las opciones. Adujo que PORVENIR S.A. no cumplió con allegar un elemento de prueba para ilustrar con grado de certeza, que a la demandante se le ilustró acerca de la decisión que estaba tomando. Estimó que los formularios de afiliación no demuestran que la información que se dio a la demandante fue suficiente para dar por cumplido el deber de información, pero sí denotan errores de diligenciamiento. Manifestó que no se logró demostrar que las demandadas hayan cumplido con la carga que le asistía, esto es, garantizar que la demandante tuviera un consentimiento informado, encontrando soporte lo expresado por la demandante. Por último, respecto de las pretensiones manifestó que no se encuentra acreditado que recibir a la accionante cause un detrimento y en cuanto a la excepción de prescripción aclaró que al estar ligado el derecho pensional, este se torna imprescriptible

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, argumentando para tal efecto que se cumplieron con los requisitos formales respecto al deber de información al momento del traslado en el año 2003. Agregó que el desarrollo jurisprudencial del deber de información se

ha visto enmarcado por tres etapas fundamentales desde la Ley 100 de 1993 hasta la expedición de la Ley 1328 de 2009, por lo que a la fecha de suscripción del formulario se cumplió con lo establecido. De la misma manera indicó que no es procedente devolver los rendimientos financieros junto con los gastos de administración, al ser una característica privativa del RAIS, más aún cuando no se ha hecho uso de manera caprichosa de los mismos ni se ha obtenido un beneficio de los mismos.

Por su parte, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la sentencia de manera parcial, argumentando que, la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional sin que se haya ejercido presión o coacción, adicionalmente advirtió que la actora, con base en la Ley 797 de 2003, pudo solicitar al ISS el traslado al RPMPD sin que se evidenciara esta acción solo hasta marzo de 2020, contando con 58 años, encontrándose en la prohibición legal, adujo que durante la afiliación la accionante no presentó reclamación o queja a la AFP, y cotizando sus aportes desde el año 2003, ello ratifica su deseo de permanecer en el RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron sus alegatos en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. La parte actora, a su turno, solicitó que se confirme.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 23 del archivo «02Demanda.pdf» obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de febrero de 1961, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación a COLPENSIONES el 18 de marzo de 2020 (pág. 48), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con quince (15) años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 98.86 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-2021_2289815-20210421105636), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 30 de mayo de 2003, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (Pág. 29).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la

obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (30 de mayo de 2003), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y, en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como

ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

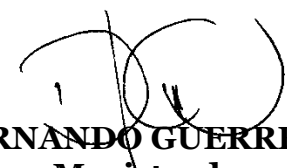
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

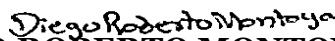
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSE RAMON MARTINEZ LEAL contra CARBONES DEL CERREJON LIMITED. Rad. 110013105-017-2017-00538-02.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JOSE RAMON MARTINEZ LEAL** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare ilegal el despido debido a que existe un amparo por el fuero de estabilidad laboral reforzada y asimismo, se declare que existió una vulneración al derecho fundamental al debido proceso. Como consecuencia de lo anterior, solicitó condenar a la demandada a reintegrarlo a su cargo o a uno de mejor categoría, a pagar las prestaciones e indemnizaciones causadas, al pago de los aportes a las entidades de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales dejados de pagar entre la fecha del despido y la fecha en la que se verifique el reintegro. Finalmente se condene a la demandada, a lo que ultra y extra petita resulte probado dentro del proceso, así como al pago de costas y Agencias en Derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que se encontraba vinculado a CARBONES DEL CERREJON desde el 4 de enero de 2006 inicialmente a término fijo, y que posteriormente el 28 de noviembre de 2011, firmó contrato a

término indefinido. Indicó que su cargo era el de Operador de Maquina Pesada, y que al momento de su ingreso se le realizaron exámenes médicos los cuales mostraron que no padecía ninguna patología que le restringiera su labor. Manifestó que el 5 de octubre de 2012, sufrió un accidente laboral en el cual el bus en el que se transportaba y que suministraba la accionada, colisionó contra otro bus, y que como consecuencia de ello sufrió un trauma cervical y de columna.

Añadió que el 26 de noviembre de 2012, fue notificado por parte de POSITIVA ARL de porcentaje de PCL del 0% pero que el mismo fue impugnado. Asimismo, explicó que inició una serie de tratamientos y exámenes resultado de su enfermedad laboral con los médicos especializados de Sabbag Radiólogos en Barranquilla, ya que continuaba presentando dolores de espalda y en la parte cervical; que debido a radiografía digital de Columna Lumbosacra realizada el 5 de diciembre de 2012, se concluyó que su patología podría sugerir Discopatía C4-C5 con Retrolistesis de C5, Columna Lumbosacra Radiológicamente Normal; además de ello, adujo que se le realizaron más estudios médicos los cuales arrojaron más patologías médicas. Resaltó que el 23 de mayo de 2013, COOMEVA EPS emitió la primera recomendación ocupacional con restricciones específicas a la empresa demandada y que el 15 de febrero de 2013, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá emitió un dictamen de PCL del 0%, como diagnóstico motivo de calificación Otros Trastornos Especificados de los Tejidos Blandos, confirmado dicho dictamen el 23 de julio de 2013 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Agregó que el 7 de enero de 2014, radicó recurso de apelación del dictamen emitido por COOMEVA EPS de 16 de diciembre de 2013, y que el 15 de enero de 2014, la misma EPS emitió recomendaciones laborales por un término de 12 meses.

Aunado a lo anterior, especificó que en los meses de febrero y marzo de 2014 el accionante presentó una crisis compulsiva y que debido a ellas por orden de un galeno de la empresa Cerrejón fue reubicado en el puesto de Oficinista, posterior a ello, adujo que se realizó análisis médicos que le arrojaron las patologías padecientes a las cuales se les hizo un plan de manejo durante el tiempo de sus crisis. Indicó que el 19 de diciembre de 2016, fue citado a descargos por supuesto incumplimiento de obligaciones laborales y de reglamento; que una vez surtida dicha diligencia, decidió disfrutar de sus vacaciones, sin embargo, al reincorporarse, la demandada decidió terminar el contrato de trabajo con justa causa.

Agregó que, la diligencia de descargos fue realizada con acompañamiento de los representantes del sindicato, en la cual fue justificada la conducta imputada por parte de los asistentes, en donde se evidenció la no ocurrencia del hecho manifestado

por la empresa, pues la omisión de una conducta no configura justa causa para despedir; así entonces, señaló que no es cierto que no resultará apto para realizar sus funciones, ni tampoco es cierto que pusiera en peligro su seguridad personal y la de los demás trabajadores, pues se evidenció que el Estado de conciencia era alerta, con coordinación motriz, aunado a que la prueba de alcoholemia no fue realizada por un comportamiento evidente sino por sospecha, donde encontró que las pruebas realizadas no demostraron que existiera un grado severo de intoxicación por alcohol.

Finalmente, manifestó que se encuentra medicado con KOPODEX 500mlg para evitar episodios compulsivos y que al momento de su desvinculación se encontraba con recomendaciones médicas y en proceso de recalificación de su enfermedad con indicios de ser de tipo laboral así como en tratamientos y terapias físicas. (Expediente Digital 2017-538 CON SENTENCIA Págs. 4 a 26.)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La empresa **CARBONES DEL CERREJON LIMITED** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que la terminación del contrato fue con justa causa, basada en hechos ciertos y suficientes para dar por finalizada la relación laboral. Explicó que el despido fue ejecutado de forma legal y valida, precisándose que el trabajador no estaba incapacitado, ni discapacitado, como tampoco padecía restricciones medicas laborales; igualmente, adujo que no existió nunca ningún tipo de trato discriminatorio. En consecuencia de ello, afirmó que no tenía la obligación de solicitar al Ministerio del trabajo permiso alguno para despedir al actor, por lo que el mismo no tiene derecho a ser reintegrado. Explicó que para proceder a la terminación del vínculo laboral, siguió el procedimiento establecido en la Convención Colectiva del Trabajo, es decir, respetando el derecho a la defensa del actor. Manifestó que el accionante se presentó a sus actividades laborales bajo los efectos del alcohol y que este no puede alegar en su favor su propia culpa, habiendo violado el reglamento y las políticas de la empresa, ocasionando un peligro para su seguridad personal y la de los demás trabajadores en su área de trabajo. Propuso como excepciones de fondo las de “inexistencia del Reintegro”, “inexistencia de la discapacidad ni limitación del demandante”, “inexistencia de las obligaciones”, “cobro de lo no debido”, “pago”, “despido con justa causa” y “prescripción”. (Expediente Digital 2017-538 CON SENTENCIA Págs. 227 a 252.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de octubre de 2021, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada y cobro de lo no debido, propuestas por la demandada CARBONES DEL CERREJON LIMITED por ello, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ encontró que la norma dispone que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para la desvinculación de una persona a menos que sea demostrada como incompatible para el cargo que se va a desempeñar, asimismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo. Mencionó que no se definen las personas con limitaciones físicas para acceder a la indemnización prevista en la norma, sin embargo, la norma establece la necesidad de calificación medica de la discapacidad y de la inclusión de la misma en el carnet de afiliado de seguridad social. Preciso que debe establecerse que entre los motivos de la desvinculación y la limitación del trabajador, existe un nexo de causalidad para efecto de calificación del mismo. Preciso que la Corte Suprema de Justicia, cobija a los trabajadores afiliados al sistema que se encuentren ubicados en la pérdida de capacidad moderada, es decir, a partir del 15% y el 25%, señalando además como requisitos que el empleador conozca de su estado de salud y que la relación laboral termine por razón de la limitación física del trabajador y sin que medie el aval del superior. Adujo que se encontró comunicación por la ARL donde se encontró que la pérdida de la capacidad laboral es del 0% y que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó también el 0% de la pérdida de su capacidad laboral, es decir que, al no determinarse su pérdida de capacidad en porcentaje alguno, no sería posible ubicarlo como sujeto especial consagrado en la ley. Concluyó que el demandante, no es sujeto de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, por lo que la indemnización pretendida tampoco puede ser atendida favorablemente ya que la finalización del contrato por parte de la empleadora obedeció a una causal objetiva y no tuvo nada que ver con el estado de salud del trabajador.

Asimismo, señaló que sin duda la parte demandada logró demostrar que las conductas atribuidas al trabajador por haberse presentado a laborar bajo los efectos del alcohol se encontraban plenamente probadas, lo cual configuró una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, además de las consagradas en el CST relativas a cualquier violación grave de las obligaciones del trabajador así como

cualquier falta calificada como grave, en pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales, contratos de trabajo y reglamento interno del trabajo; adicionalmente dijo que el mismo demandante en su acta de descargos aceptó haber ingerido alcohol, intentando disminuir la gravedad de su conducta, por lo cual el A quo consideró que tal versión no podía ser acogida pues iría en contravía de lo que muestran los resultados técnicos y científicos practicados a través de las pruebas toxicológicas efectuadas y que arrojaron resultado positivo, con la anotación no apto para operar máquinas y que por lo tanto se encontraba en imposibilidad para desempeñar las funciones propias del cargo, por todo lo anterior, concluyó que la demandada cumplió con la carga de la prueba, pues demostró la calificación de grave de la conducta endilgada al actor.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial del demandante interpuso el recurso de apelación manifestando que la doctrina normativa en relación con el despido injustificado a causa de que el empleado se presente a trabajar en estado de embriaguez, está estipulada como una falta grave e injustificada que trae como consecuencia la terminación unilateral de un contrato. Adujo que, para la Corte Constitucional es posible considerar un despido injustificado a causa de un estado de embriaguez en la medida que el trabajador afecte su utilidad, la seguridad de él y los demás trabajadores de la empresa y también los bienes de la misma; de otra forma, se considera como una causal de despido injusto. Expuso que la sentencia 636 de la Corte Constitucional establece que se considera que la gravedad de la falta por el trabajador depende del objeto misional de la empresa dado que si la empresa tiene una actividad de menor riesgo en relación con el consumo de estas sustancias, es distinto a aquellas que tienen un mayor riesgo dado que puede comprometer la seguridad de las personas, como en el caso de compañías que manejan maquinarias pesadas o actividades de alto riesgo, pues para el caso sería necesario que el trabajador se encuentre con los sentidos completos.

En el caso concreto, reiteró que el Reglamento Interno del Trabajo señala que <no> se le permite al trabajador ejecutar sus funciones en estado de embriaguez en la cual se evidencie que es un acto peligroso al ejercer las actividades laborales; insistió que del examen físico no se prueba que exista una inconciencia en el trabajador y que por el contrario se encontró alerta a su conciencia, coordinado, sin dilatación de pupilas, además que en ninguna parte del examen dice que no se encontraba apto para realizar sus funciones y la labor para la cual fue contratado. Recalcó que, al momento del despido no se encontraba ejerciendo las labores para las cuales fue contratado y que antes de ser operador fue reubicado donde no ejercía labores de conducción.

Mencionó la sentencia con radicado 38381 de 18 de junio de 2014 que habla acerca del estado de embriaguez, donde se entiende que el hecho de presentarse al trabajo en este estado puede tener diferentes grados de gravedad dependiendo de las labores que desempeñe y del entorno profesional donde se sitúe, y que por eso la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de una decisión de despido debe ser examinada en relación con las circunstancias particulares de cada caso y de cualquier manera atendiendo los factores de la labor desempeñada, el contexto y las situaciones en las que desarrolla su labor.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el accionado presentó alegatos de conclusión, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia. Por su parte, la apoderada del accionante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si el finiquito de la relación contractual de trabajo que sostuvo el demandante con la empresa accionada obedeció a una justa causa legal debidamente comprobada o, por el contrario, fue un acto discriminatorio.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis del problema objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 04 de enero de 2006 al 23 de enero de 2017, conformado por dos modalidades contractuales, como fueron contrato a término fijo y contrato a término indefinido, donde el actor ocupó los cargos de *operador de maquina pesada y oficinista*, como así se evidencia del contenido del contrato visible a folio 48-52 del Expediente digital y de la terminación al contrato de trabajo obrante a folio 109. Igualmente, se encuentra demostrado que el demandante presentaba afectaciones en su estado salud, aproximadamente desde el año 2012, y que a raíz de esas afecciones tuvo recomendaciones médicas de la E.P.S. el 23 de mayo de 2013, 15 de enero de 2014, 18 de octubre de 2016, y por parte del médico laboral del CERREJON el 27 de noviembre de 2012 (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 305, 85, 93 y 289).

Descendiendo al problema jurídico, la Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse única y exclusivamente a estas escalas porcentuales para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al 23 de enero de 2017 (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 109).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación en grados para la protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación o afectación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, y esta no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente advirtió la alta Corporación que, la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la

discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una causa objetiva para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Clarifica la Sala de Casación Laboral que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario, en ese evento, que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual solo le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la causa legal y objetiva, so pena de que se declare la ineficacia del despido. Concluye, en síntesis, así la Corte:

a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor JOSE RAMON MARTINEZ LEAL se encontraba en estado de limitación física que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que la demandada el día 23 de enero de 2017 entregó al demandante misiva en la cual se le informaba sobre la terminación de su contrato de trabajo a partir de tal fecha, en razón de una justa causa comprobada, con fundamento en la violación grave de varias de las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, al haberse presentado a laborar bajo los efectos del alcohol, constituyéndose en justa causa de despido de conformidad con los artículos 7° del Decreto 2361 de 1995, parte a), numeral 6°; 55, 58, numeral 1: 60, numeral 2; y 61, literal h), del Código Sustantivo del Trabajo; y en los artículos 14, Numeral 1, Literales g), m) y v); el artículo 72, literales a, b y Artículo 73 del Reglamento Interno del Trabajo, lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si el actor contaba con algún tipo de discapacidad o desmejora en su estado de salud o era sujeto de tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que el actor era beneficiario de la presunción de discriminación, y que por ello su estado de salud eventualmente dio lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Teniendo claro lo anterior, una vez revisada la documental aportada a folios 54-93, es claro que el demandante desde el año 2012, sufría de dolores constantes en la espalda, para el año 2013 ansiedad y para el año 2016 de crisis convulsivas focales vegetativas, tal como se pudo evidenciar con mayor claridad de las siguientes documentales:

- Recomendación ocupacional del 23 de mayo de 2013, por seis (06) meses para laborar en actividades con arcos de movimiento lumbar hasta 10° de flexión y extensión y con carga de hasta 10KG, dejando la claridad que puede laborar

en actividades que no impliquen estar largo tiempo sentado o bipedestación, y recomendación de ingresar al programa de SVE de la empresa (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 59).

- Historia clínica Informe peritazgo medico psiquiátrico, del 22 de enero de 2014, por ansiedad y depresión (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 72-76).
- Recomendación ocupacional del 15 de enero de 2014, por doce (12) meses, donde se indica que puede laborar en actividades donde no se exponga a vibración segmentaria por encima de los límites permisibles, ni movimientos repetitivos en región cervico-lumbar dentro de los ángulos de confort; puede laborar en actividades con peso hasta 10KG, puede laborar en actividades que no implique largos periodos sentado y/o de pie, caminar moderadas a grandes distancias, y recomendación de ingresar al programa de SVE de la empresa (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 85).
- Recomendación del 23 de febrero de 2016, en donde se indica que el actor sufre de crisis convulsivas focales vegetativas que causan mareos y vértigos, por lo cual recomienda reubicación laboral por ser operador de maquinaria pesada (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 91-92).
- Recomendación Laboral del 18 de octubre de 2016, en donde se informa: se recomienda laborar en terrenos planos, evitar vibración segmentaria por encima del límite permisible, manejo de carga excesiva, movimientos de pie, y lo recomendado por sus médicos tratantes (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls.93).

En ese orden de ideas, del anterior barrido probatorio, se palpa con meridiana claridad que la demandada tuvo conocimiento del estado de salud del actor, pues le fueron remitidas las anteriores recomendaciones laborales en las fechas mencionadas. Ahora bien, los motivos que adujo el empleador y por los que considera que la decisión obedeció a una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, se fundamentó en una justa causa legal y comprobada con ocasión de la presentación del demandante a laborar el día ocho (08) de diciembre de 2016, en estado de alicoramiento.

Para la verificación del caso, fueron allegadas las siguientes documentales por las partes:

- Solicitud de prueba de alcohol y drogas al señor JOSE RAMON MARTINEZ LEAL, del 08 de diciembre de 2016 (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 94).
- Resultado de prueba rápida de drogas, con estado negativo del 08 de diciembre de 2016 (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 95).
- Recolección de muestra en sangre para análisis de drogas del demandante (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 96-98).
- Cuadro de hallazgos típicos de intoxicación por alcohol o drogas, con resultado positivo de alcoholemia (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 99-100).
- Acta para oír en descargos al trabajador del 20 de diciembre de 2016 (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls.101).
- Citación a descargos de conformidad con el artículo 102 de la Convención Colectiva del Trabajo (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 102-103).
- Descargos del trabajador JOSE RAMON MARTINEZ LEAL (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 104-108, 275-276).
- Terminación del contrato de trabajo con justa causa (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls.109, 256-257).
- Manual de procedimientos. Política alcohol y drogas (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 113-116).
- Solicitud prueba de alcohol y drogas al demandante (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 277).
- Resultado examen en sangre de toxicología Alcohol etílico (Etanol), de fecha 12 de diciembre de 2016 (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls.283).
- Política de uso de alcohol y drogas del CERREJON (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls.284-288).
- Convención Colectiva del Trabajo 2016-2017 (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 311-397).
- Reglamento Interno del Trabajo (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 400-439).

Así entonces, considera la Sala que la parte actora no logró establecer un nexo de causalidad entre su patología y la terminación del contrato por parte de CERREJON, ya que se encuentra demostrado que la finalización del vínculo laboral obedeció a una justa causa legal que de manera exclusiva se dio con ocasión del incumplimiento por violación grave de varias sus obligaciones legales, contractuales

y reglamentarias, al haberse presentado a laborar bajo los efectos del alcohol, constituyéndose en justa causa de despido, de conformidad con los artículos 7° del Decreto 2361 de 1995, parte a), numeral 6°; 55, 58, numeral 1: 60, numeral 2; y 61, literal h), del Código Sustantivo del Trabajo; y en los artículos 14, Numeral 1, Literales g), m) y v); el artículo 72, literales a, b y Artículo 73 del Reglamento Interno del Trabajo. Ahora bien, contrario a lo señalado por la apoderada del demandante, el hecho de que el trabajador se encontrara en “estado alerta” y que ya no operara maquinaria, no obstaba para que fuera investigada su conducta, pues se reitera, la comparecencia del trabajador bajo efectos del alcohol se encontraba terminantemente prohibida por parte de la empresa, estableciéndose tal conducta como una falta grave.

Aunado a ello, se encuentra que, a efecto de no vulnerar el derecho al debido proceso del actor le fue adelantada diligencia de descargos como lo ordena la Convención Colectiva del Trabajo artículo 16 (Expediente digital: 2017-538 CON SENTENCIA, fls. 410). Por las anteriores consideraciones, resulta claro para esta Corporación que el despido del señor JOSE RAMON MARTINEZ LEAL se dio con ocasión de una justa causa comprobada y no por su estado de salud. Es de aclarar que, la causal en la que se fundamentó la determinación del finiquito laboral se encuentra debidamente contemplada en los artículos 72 y 73 del Reglamento Interno del Trabajo, en ese sentido se advierte que, en el evento de la violación de cualquier falta grave consagrada en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o en los reglamentos, no puede ni le es dable al juzgador apreciar o calificar la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos, calificados previamente como infracciones de esa entidad y previamente prevista en tales convenios.

Por tanto, teniendo en cuenta el anterior material probatorio, concluye diáfananamente la Corporación que la entidad demandada logró probar que no existió nexo de causalidad alguno entre la terminación del contrato de trabajo del demandante y su situación de salud, con lo que la presunción de discriminación queda descartada.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

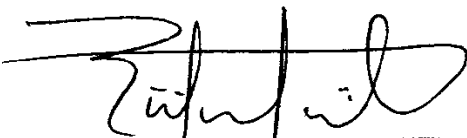
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha veintidós (22) de octubre de 2021, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.