República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **02 2019 00541 01**
Demandante:	JULIO DIAZ PIRACUN
Demandado:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la bogada ORIANA ESPITIA GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía 1.034.305.197 y T.P. 291.494 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 19 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JULIO DÍAZ PIRACUN promovió demanda ordinaria laboral en contra de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, con la finalidad que se declare la

nulidad de la afiliación que efectuó el 14 de abril de 1994 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., por el incumplimiento al deber de información, lo que generó un error de hecho que vició su consentimiento; en consecuencia se declare que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

En virtud de lo anterior, se ordene a la enjuiciada PROTECCIÓN S.A., registrar en su sistema de información que la afiliación a ese régimen estuvo viciada nulidad; además que traslade a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos; de la misma forma, solicita se ordene a COLPENSIONES que active la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 24 de agosto de 1959; que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, el 1º de septiembre de 1981; que el 14 de abril de 1994 encontrándose vinculado con el empleador BANCO CAJA SOCIAL se aprobó su traslado a ING, hoy PROTECCIÓN S.A., data para la cual contaba con 35 años y había cotizado más de 600 semanas.

De otra parte, sostuvo que PROTECCIÓN S.A. no le informó al momento de la afiliación las implicaciones que le acarrearía el traslado, la naturaleza del fondo, las ventajas o desventajas de ambos regímenes, ni le realizó una comparación de su escenario pensional en ambos regímenes, menos aún le indicó que le convenía retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Igualmente relató que, en el año 2018 la AFP PROTECCIÓN S.A. le indicó que el valor de su mesada para el 2022 ascendería a $1.945.946 y en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sería de $3.313.137, en esa medida solicitó la nulidad de la afiliación a esa administradora y el traslado de sus aportes a COLPENSIONES, igualmente solicitó su activación a esta última

administradora, pedimentos que fueron resueltos de manera desfavorable a sus intereses.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en el escrito genitor, aduciendo que no obra en el plenario prueba que dé cuenta que el demandante haya incurrido en error, que no se le suministró la debida información por parte de la AFP demandada o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, por el contrario de las documentales adosadas al plenario lo que se colige es que la afiliación se encuentra ajustada a derecho, la cual se efectuó de manera libre y voluntaria; de otra parte que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, que permite el retorno solo de los beneficiarios del régimen de transición.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. refirió en su contestación que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, máxime cuando el formulario de vinculación que suscribió el demandante se realizó de manera libre y espontánea, acto del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, ya que el actor contó con la suficiente ilustración al momento del traslado, desvirtuándose el vicio en el consentimiento alegado.

Propuso las excepciones 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, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se

declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la de 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de abril de 2022 declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 14 de abril de 1994, y como consecuencia de ello, condenó a dicha AFP a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno.

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación del 1º de septiembre de 1981, debiendo incluir en sus bases de datos la historia laboral y demás información necesaria para que el actor obtenga su pensión a futuro, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo y condenó a la accionada PROTECCIÓN S.A. al pago de costas procesales.

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que, el literal h) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 271 y 272 de la misma obra, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, el artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera y en general las normas laborarles, han evolucionado frente al deber de información que les asiste a las administradoras de pensiones en sus diferentes etapas.

A su vez, expuso que la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que ese deber no se cumple

únicamente con la suscripción del formulario de afiliación, sino que además impone la carga de la prueba en cabeza del fondo de pensiones, quien debe demostrar que suministró la debida información al futuro afiliado informando de sus ventajas, desventajas y las incidencias pensionales que le puede traer el traslado de régimen, precisando que el formulario acredita un consentimiento libre de vicios pero no informado, lo que posibilita la declaratoria de la ineficacia de la afiliación cuando no se prueba el cumplimiento del deber de información, lo que en el *sub-examine* no se acreditó con las pruebas recaudadas; de la misma forma estimó que la administradora pública no sufre ningún detrimento en tanto recibe los aportes, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, por lo que procede la devolución de tales conceptos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. En su alzada presenta informidad en lo que concierne a la orden de retornar el capital junto con los rendimientos y sin efectuar descuentos por gastos de administración y seguro previsional, siendo claro que el efecto de la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia el asumir la inexistencia del traslado y considerar que estuvo afiliado a COLPENSIONES, por ello, se debe tener en cuenta que al no existir el traslado, no se causaron rendimientos, los que a la fecha superan los $182.000.0000, así como los cobros por gastos de administración y el seguro previsional, pues resulta ilógico considerar o existentes los referidos conceptos.

De otra parte, que no es posible el pago de los gastos de administración y seguro previsional pues se estaría frente a una doble erogación, en tanto el fondo público también los hubiese cobrado en su momento, lo que podría generar un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES y de paso ocasionaría un detrimento fiscal a la AFP.

Por su parte COLPENSIONES argumenta en la alzada que el demandante se trasladó de manera voluntaria, pues decidió no ahondar en las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen y tampoco acudió a COLPENSIONES a

verificar su futuro pensional, por lo que no se dan los requisitos legales ni jurisprudenciales para que opere el traslado.

Solicita que, en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se adicione la sentencia a fin de que condene a la reparación por daños y perjuicios en contra de PROTECCIÓN S.A., pues se le está ordenando recibir al demandante y pensionarlo, sin que tuviese injerencia laguna en el acto jurídico declarado ineficaz.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por

las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar*

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 14 de abril de 1994 con COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fl. 40 archivo 01 y 35 a 37 archivo 05), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz al momento del traslado, aspecto que tampoco se obtiene de la declaración rendida por el actor en el trámite procesal, como lo señala la demandada COLPENSIONES; máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una debida información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de la encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado

		acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio, lo que imponía declarar la ineficacia del traslado como lo determinó la falladora de instancia.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., respecto de no incluir los gastos de administración y gastos previsionales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

En punto de lo anterior, no existe razón para que la AFP PROTECCIÓN S.A. no realice la devolución de los gastos de administración ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, que alude la demandada COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas

reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, como lo indicó la falladora de instancia.

Adicionalmente, se tiene que no es dable emitir pronunciamiento alguno frente a lo señalado por COLPENSIONES en el recurso de alzada, atinente a que se condene a PROTECCIÓN S.A. a indemnizarla, en tanto las pretensiones de la demanda se dirigieron por el afiliado en relación con la ineficacia del traslado.

Finalmente, con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de cada demanda en la suma de un SMLMV.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 19 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **02 2020 00064 01**
Demandante:	HILDA SOFIA SOTO LESMES
Demandado:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 5 de mayo del año 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora HILDA SOFIA SOTO LESMES, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional por medio de la mentada AFP en marzo del año 2000; derivado de ello que se tenga como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de manera continua para todos los efectos pensionales; se condene a COLFONDOS S.A. a retornar todas las sumas que integran su cuenta de ahorro individual junto con los valores adicionales, saldos, frutos y rendimientos que se hubieren generado, y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 26 de julio de 1965; que dentro de su recorrido laboral entre los años 1992 y 1999 estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, cotizando un total de 238 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A. en el mes de marzo del año 2000, ostentado entre los dos regímenes un total de 1120 semanas cotizadas.

Respecto de la afiliación a COLFONDOS S.A. expresó que la información no fue completa y veraz, pues tanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como COLFONDOS S.A., no le informaron sobre las consecuencias de su traslado de régimen, así como que se omitieron las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

De la misma manera que puntualmente COLFONDOS S.A. no le informó acerca de características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como la cantidad de capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a su derecho pensional para pensionarse de manera anticipada y la relevancia de los aportes voluntarios, asimismo se omitió de ponerle de presente características y como los requisitos para acceder a su pensión en tal régimen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones, al considerar que no obra prueba alguna que demuestre un vicio del consentimiento en la afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A. o alguna inconformidad de la actora frente a su vinculación, por el contrario, se evidencia que el acto jurídico fue celebrado de manera libre y sin presiones.

Conjuntamente señaló que la demandante no cumple con los requisitos estipulados en la sentencia SU-062 de 2010 para su traslado, por lo que está inmersa en la prohibición legal para dicho fin.

Propuso como medios exceptivos de mérito errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho de 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 y la innominada o genérica.

A su turno, COLFONDOS S.A. contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las declaraciones y condenas, toda vez que no existió una omisión de información o se hizo un suministro de la misma de manera incompleta o poco veraz, pues se puso de presente las características de ambos regímenes, como sus ventajas y desventajas; que no se puede declarar la nulidad de un acto jurídico válido cuando no perjudica los intereses del que alega la nulidad, además que la demandante no puntualizó en qué consistió la conducta fraudulenta de la AFP.

Seguidamente manifiesta que, el acto de vinculación de la demandante cumplió con todas las disposiciones legales y fue el resultado de una decisión libre e informada, pues consta en el formulario de afiliación su firma corroborando que fue plenamente consentido y sin presiones, por ello no hay lugar a devolver suma alguna de la cuenta de ahorro individual.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe 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 la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de mayo del 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 22 de marzo de 2000; ordenó a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado durante todo el tiempo que permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, además de los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora sin descuento alguno.

A su vez, ordenó a COLPENSIONES tener como válida la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 8 de mayo de 1992 y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como fundamento de la decisión señaló que, según los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la ley 100 de 1993, el artículo 91 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la ley 797 de 2003, el artículo 3º de la ley 1328 de 1998, el decreto 2241 de 2010, la ley 1748 de 2014, el Decreto 2741 de 2015 y la Circular de la Superintendencia Financiera 016 de 2016, se consagró normativamente el deber de información a cargo de las AFP, así como su contenido y alcance en tres periodos de tiempo: de 1993 a 2009, del 2009 al 2014 y del 2014 hacia el futuro, en donde el primero atiene al deber de ilustración, posteriormente se le adiciona el buen consejo y finalmente la doble asesoría.

Seguidamente, que la Corte Suprema de Justicia, ha determinado que en materia de seguridad social antes de aceptar un ofrecimiento o servicio existe el deber de obtener un consentimiento informado de las consecuencias que el traslado puede ocasionar, por ello, el contenido del formulario de afiliación y las expresiones pre impresas de la voluntad libre y sin presiones no son suficientes para establecer la información que fuera entregada, pues estas pueden dar a conocer un consentimiento libre mas no informado.

Destacó la carga de la prueba que ostentan las AFP en los procesos de esta naturaleza al ostentar la obligación de demostrar el cumplimiento del deber de información, además que dicha carga probatoria de la pasiva, se deriva de la afirmación del demandante de no haber recibido la información clara y suficiente, supuesto negativo indefinido que debía desvirtuar el fondo de pensiones, máxime que por su posición en el mercado, resulta desproporcionado asignar la carga de la prueba en el afiliado, pues las AFP tiene en el control de la operación.

También manifestó que la afiliación viciada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se convalida con las múltiples afiliaciones dentro del Régimen Privado, que no opera la prescripción de la acción de ineficacia del traslado y que

los efectos de la decisión no son perjudiciales a la administradora pública, dado que retornan las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, como también los rendimientos causados y los gastos de administración.

Después de recogido lo anterior, expresó que la demandante está en la situación del primer periodo de la evolución del deber de información, por lo que al señalar que la demandada COLFONDOS S.A. se limitó a aportar el formulario, en el cual consta la expresión pre impresa de haber realizado el traslado de manera libre y voluntaria, ello no era suficiente para demostrar la información brindada.

De la misma manera, que en el interrogatorio de parte no encontró confesión de la demandante de haber recibido una asesoría suficiente, ya que teniendo en cuenta el artículo 196 del C.G.P. no se pueden tomar hechos aislados para conformarla sino también con las aclaraciones y explicaciones concernientes.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primer grado COLPENSIONES la apeló, al considerar que se realizó una indebida valoración probatoria de los elementos probatorios que se allegaron y se practicaron, pues existe confesión e indicios derivados del interrogatorio de parte que indicaban que la demandante tenía pleno conocimiento de la información suministrada por el Fondo, así como que conocía los requisitos para pensionarse, los cuales se encuentran en la ley, aunado a ello que recibía extractos e información por la AFP, por lo que en su caso en concreto quedó demostrado que si hubo una asesoría precontractual con una información clara y completa.

Que pese a que COLPENSIONES es un tercero ajeno al negocio celebrado entre la demandante y COLFONDOS S.A., se ve afectado el esquema financiero al declararse la ineficacia, principalmente en desmedro de sus afiliados. Añadió que la demandante está inmersa en la prohibición legal para trasladarse y que nadie está obligado a lo imposible, pues en la carga de la prueba se exige a la administradora documentos que para el momento del traslado no eran necesarios, sino solamente se acreditaba la vinculación con el formulario de afiliación, único documento idóneo para la época. Por todo lo expuesto solicita

revocar en su integridad la sentencia del *a-quo* y en consecuencia no declarar la ineficacia del traslado de la demandante.

Por último, solicita que de confirmar la decisión no se condene en costas en la alzada, ya que el recurso presentado busca el bien general de los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para abordar el problema jurídico planteado, se ha de tener en cuenta que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera

vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de*

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no*

haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, en el presente proceso se allega el formulario de afiliación que suscribió la parte actora el 22 de marzo de 2000 con la AFP COLFONDOS S.A. (Fl.10 del documento digital 10. Colfondos allega documental), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y espontánea, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otra parte, del interrogatorio de parte practicado a la accionante se recoge que es ingeniera mecánica y se desempeña como docente; que su traslado estuvo precedido de una asesoría de COLFONDOS S.A., cuando una asesora de la AFP le informó la importancia de trasladarse ante la crisis y posible desaparición del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, así como que tendría mejores garantías; que no leyó el formulario de afiliación en tanto solo le pidieron unos datos y su firma, y que se enteró que no podía al negarse una solicitud que elevó ante su empleador.

De lo anterior no se puede colegir que existió una confesión de la demandante que demuestre que haya sido debidamente informada, pues así haya referenciado que conocía que los requisitos para pensionarse estaban en la ley y que recibía extractos por parte de la AFP, lo cierto es que mencionó que no conocía las características básicas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. De la misma manera, cuando fue interrogada por el momento del traslado, solamente aduce que le informaron sobre la importancia de trasladarse a un fondo privado por la desaparición del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que tendría mejores garantías.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por COLFONDOS S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, respecto de la devolución de los gastos de administración y prima de seguros previsionales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Por lo anterior, al tenerse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP COLFONDOS S.A. no realice la devolución de los gastos de administración, ni las primas de seguros previsionales y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En igual sentido, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

En igual sentir, en reciente sentencia SL1440 del 2021, dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que

trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la demandante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Respecto de la prescripción siendo este uno de los motivos del recurso de apelación del COLPENSIONES hay que precisarse que como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino*

también el derecho a obtener su entera satisfacción", motivo por el cual, no resulta dable tal fenómeno jurídico.

Finalmente, es menester imponer costas de segunda instancia, al desatarse desfavorablemente el recurso de alzada interpuesto por COLPENSIONES.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 en su integridad la sentencia proferida el 5 de mayo del año 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

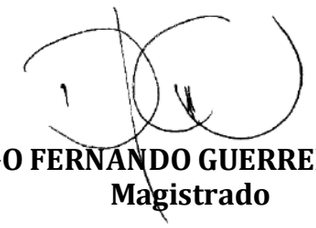
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de la accionada recurrente, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, el tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **06 2018 00817 01**
Demandante:	EZEQUIEL TORRES
Demandado:	FONCEP Y COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación del FONCEP al abogado HUGO ORLANDO AZUERO GUERRERO, identificado con cédula de ciudadanía 19.258.352 y T.P. 2

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EZEQUIEL TORRES presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP, la que correspondió por reparto al Juzgado Veintitrés Administrativo

del Circuito de Bogotá - Sección Segunda, el cual mediante providencia del 25 de octubre de 2018 declaró la falta de jurisdicción y competencia para conocer el presente asunto radicado bajo el No. 023-2017-332-00, disponiendo su remisión a los Juzgados Laborales de Bogotá (Fls. 113 a 114 vto.).

En esa medida, correspondió por reparto el referido proceso, el cual fue admitido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual mediante proveído del 11 de febrero de 2020 admitió la demanda (Fl. 127 a 127 vto.). En punto de lo anterior, se tiene que el demandante solicita se declare la nulidad de las Resoluciones SPE 0989 de 4 de julio de 2017 y SPE 1317 de 5 de agosto de 2017 proferida por el FONCEP.

Como consecuencia de ello, pretende se reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta el último salario promedio devengado debidamente indexado, se le paguen las sumas que se le reconozcan debidamente indexadas en el término establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, adujo que mediante la Resolución No. 01514 del 21 de agosto de 2007, le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 13 de agosto de 2006, para lo cual se tuvieron en cuenta los tiempos de servicios cotizados de manera interrumpida del 11 de mayo de 1968 al 24 de febrero de 1994, alcanzando así un total de 7.642 días, con los empleadores que indica en los hechos de la demanda, siendo el último la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA.

De otra parte, refirió que para liquidarle la pensión se tuvieron en cuenta los factores salariales consagrados en el Decreto 691 de 1994, en concordancia con lo normado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ende, se promedió lo que devengó durante el lapso comprendido entre 1981 y 1991. Asimismo;

señaló que durante el tiempo laborado para la EDIS se desempeñó como servidor público, y que solicitó la reliquidación de pensión, pedimento que fue denegado mediante las Resoluciones SPE 0989 de 2017 y SPE 1317 de 2017.

Reseñó que para los trabajadores de los entes territoriales la Ley 100 de 1993 entró en vigencia desde el mes de junio de 1995, por tanto, ya había superado los 20 años de servicios, de modo que no se le podía liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años de servicio con base en los factores salariales de que trata el Decreto 691 de 1994.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada FONCEP contestó la demanda aponiéndose a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que la jurisdicción ordinaria laboral no es competente para declarar la nulidad de los actos administrativos; además, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el I.B.L. que se toma es el promedio de lo devengado y cotizado durante los últimos 10 años o el tiempo que le hiciera falta, al que se le aplica una tasa de reemplazo del 75%; de manera tal, que las Resoluciones emitidas se encuentran conforme a derecho.

Propuso como excepciones previas las de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones y falta de integración de todos los litisconsortes necesarios; medios exceptivos que fueron resueltos en audiencia de 11 de junio de 2021, declarando no probada la primera de las referidas excepciones, y probada la segunda, por lo que ordenó vincular a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. (Fls. 183).

De la misma forma, propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción de las

mesadas pensionales, prescripción de la acción, prescripción de los factores salariales, pago y compensación y la genérica.

A su turno, COLPENSIONES contestó la demanda señalando que se abstenía de hacer pronunciamiento frente a las pretensiones, por ende, ni se allana ni se opone a la prosperidad de estas. Formuló como medios exceptivos de mérito los de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y la de buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, absolvió a la demandada FONCEP de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a esa decisión adujo la falladora de instancia que, por Resolución 01415 del año 2007 la demandada FONCEP reconoció a favor del demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación por aportes a partir del día 13 de agosto de 2006, en aplicación de la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual entró en vigencia en relación con el trabajador oficial de nivel distrital el día 30 de junio de 1995; la liquidación se efectuó con una tasa de remplazo del 75%.

Para la definición del IBL, el FONCEP tuvo como referencia el tiempo de servicio que prestó el demandante entre el 18 de marzo de 1976 y el día 26 de noviembre de 1991, con 10 días de interrupción a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; aclara que la Corte Suprema de Justicia aceptaba que el IBL de la pensión de jubilación se liquidara con el último año de servicio cuando el trabajador no cotizara ni devengara suma alguna entre la fecha de retiro de servicio como trabajador oficial y la del cumplimiento de la edad, por considerar que ello se ajustaba al objetivo perseguido en la Ley 71 de 1988.

Sin embargo, se advierte que tal doctrina fue revaluada para adoptar el criterio según el cual cálculo de la pensión de jubilación otorgada bajo el régimen de transición, debe ajustarse a las reglas de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 como se determinó en la sentencia SL7061 de 2016, reiterada entre otras, en las sentencias SL 18622 de 2016 y SL 17549 de 2017 citadas en la sentencia SL 3113 de 2019 y SL 2588 de 2019.

Luego, como el IBL para todas las pensiones de jubilación otorgadas bajo el régimen de transición se debe determinar conforme a las reglas establecidas en el artículo 36 inciso 3 y artículo 21 de la Ley 100 de 1993, preceptos legales que no establecieron ninguna distinción en relación con la exclusión de las reglas para las personas que durante el lapso descrito anteriormente no devengaron suma alguna, para obtener el promedio de lo devengado o cotizado para conformar el IBL, deberá calcularse con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años previos al reconocimiento de la prestación, con referencia a la remuneración efectivamente devengada por el beneficiario durante el lapso temporal que corresponde según el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, aun cuando se involucren periodos causados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De ahí, que se deba partir del último devengo y retroceder en el tiempo hasta cubrir el periodo respectivo, por ende, al haberse determinado el IBL previsto por la Ley 71 de 1988, que aplicó para la definición del derecho el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bajo el criterio antes referido, no encontró suma alguna a favor del actor al efectuar las operaciones del caso respecto de la pensión concedida, por lo que absolvió a la demandada FONCEP de las pretensiones elevadas en su contra.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Solicitó se revoque la decisión en todas y cada una de sus partes, argumentando que la

reliquidación la solicita teniendo en cuenta lo expuesto en sentencia del 5 de mayo de 2017, con Radicado No. 4006 de 2016 del Consejo de Estado, aplicable exclusivamente a las pensiones por aportes.

Señala que mediante Resolución No. 01514 de 2007 se le reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 13 de agosto de 2006, sin embargo, no se tuvo en cuenta que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya había cumplido 20 años de servicios, por lo que no se podía liquidar la pensión teniendo en cuenta lo devengado en los últimos diez (10) años y con los factores de que trata el Decreto 691 de 1994, indicando que además no se tuvieron en cuenta unos tiempos en la liquidación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a la Sala establecer si hay lugar a la reliquidación de la pensión concedida al demandante.

c. De la calidad de pensionado

Descendiendo al *sub-examine*, se advierte que no es objeto de controversia que al demandante le fue concedida pensión de jubilación por aportes mediante Resolución No. 01415 de 2007 en aplicación de la Ley 71 de 1988 y en virtud del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de agosto de 2006, en cuantía inicial de $649.134; de igual

manera, que para el efecto se tuvieron en cuenta los tiempos de servicios prestados a diferentes empleadores públicos y privados desde el 11 de mayo de 1968 al 24 de febrero de 1994, siendo el último la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, la cual fue liquidada teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 45 a 53 vto.).

d. De la Reliquidación Pensional:

El actor solicita se reliquide la pensión teniendo en cuenta el último salario devengado, en consecuencia, en su alzada señala que la reliquidación deprecada debe efectuarse de acuerdo a lo indicado en la sentencia emitida por el Consejo de Estado el 25 de mayo de 2017, Radicación No. 4006 de 2016, que establece la forma de liquidar las pensiones por aportes preceptuadas en la Ley 71 de 1988, esto es, con el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, según se lee en dicha providencia; por ende, no era posible liquidar la pensión con los factores salariales consagrados en el Decreto 691 de 1994 en los últimos 10 años de servicios acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese estado de cosas, y a fin de desatar el problema jurídico planteado, conviene memorar que la encartada FONCEP le reconoció al gestor pensión mensual vitalicia de jubilación por aportes de acuerdo a lo reglado en la ley 71 de 1988, a partir del 13 de agosto de 2006 calenda en la que cumplió la edad de 60 años, en cuantía inicial de $649.134, pues encontró que el actor había efectuado cotizaciones por 5637 días a la CAJA DE PREVISIÓN DE BOGOTÁ y 2005 días al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, incluyendo las cotizaciones efectuadas a ese Instituto por el último empleador Empresa de Licores de Cundinamarca entre el 6 de abril de 1992 al 24 de febrero de 1994, según se colige de la Resolución 01514 de 2007, a través de la cual se reconoció la prestación pensional, la cual liquidó con el tiempo que le hiciere falta para tener derecho a la pensión, de acuerdo a lo normado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese escenario, considera la Sala pertinente precisar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición con el fin que las personas que a la entrada en vigencia de dicha norma, esto es, al 1º de abril de 1994 tuvieran 40 años para el caso de los hombres o que acreditaran al menos 15 años de servicios, pudieran remitirse a la norma anterior para efectos de consolidar su situación pensional, pero solamente en lo que tiene que ver con los requisitos de: i) edad; ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y el iii) monto pensional.

No obstante, en lo atiente al I.B.L. se debe aplicar lo reseñado en la Ley 100 de 1993, así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL949-2022, Radicación No. 86536 de 2 de marzo de 2022, en la que expuso:

> *"Ya la Sala se ha pronunciado en el sentido de que la Ley 100 de 1993 mantuvo intangible a sus beneficiarios solo tres aspectos: a) la edad; b) el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y c) el monto que consignara la disposición anterior por aplicarles (ver entre otras, las sentencias CSJ SL 2445-2019 y CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 43336).*
>
> *"De suerte que, en lo que atañe al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con venero en el régimen de transición, «esta Corporación ha sido enfática en que este se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993», y no, con lo estipulado en la regulación precedente CSJ SL2575-2021".*

En virtud de lo anterior, claro es que la cuantificación del ingreso base de liquidación de las pensiones concedidas bajo la egida del régimen de transición, como la concedida bajo los presupuestos establecidos en la Ley 71 de 1988, deben regirse de acuerdo con lo reglado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o, el artículo 21 de la misma obra; de ahí, que sea necesario distinguir si al beneficiario le restan diez (10) o menos años para causar su prestación. Al respecto, la Alta Corporación en sentencia SL2510-2017, Radicación No. 65346 de 15 de febrero de 2017, expuso lo siguiente:

"De ahí que el ingreso base de liquidación de la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se rige por lo previsto en el inciso 3 del artículo 36 ibídem y, para aquellos que les faltare 10 años o más para consolidar su derecho, se liquida de acuerdo con lo contemplado en el artículo 21 de la misma normativa. Ello, en modo alguno vulnera el principio de inescindibilidad de la ley, porque es en virtud del expreso mandato de la misma disposición legal que el cálculo debe hacerse en esa forma".

Siguiendo esa línea de pensamiento, se advierte que el promotor del litigio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le hacían falta menos de 10 años para causar el derecho pensional, por cuanto efectuó cotizaciones entre el 11 de mayo de 1968 y el 31 de marzo de 1997, acreditando así 20 años de servicios y la edad de 60 años, según se dijo en el acto administrativo que reconoció la pensión, la que cumplió el 13 de agosto de 2006, de ahí, que según la parte actora no se evidencian cotizaciones entre la desvinculación y la fecha del cumplimiento de la edad, sin embargo, al verificar el expediente administrativo aportado por COLPENSIONES, se encuentran cotizaciones hasta la última de las referidas calendas.

No obstante, si en gracia de discusión no se evidenciaran las referidas cotizaciones, esa situación *per se*, no es óbice para dar un entendimiento diferente al momento de liquidar la prestación pensional, pues así lo ha sostenido el órgano de cierre de esta especialidad, al analizar lo atinente a la liquidación de la pensión reconocida conforme lo preceptuado en la Ley 71 de 1988, en sentencia SL5683-2021, Radicación No. 54057 de 25 de agosto de 2021, en la que expuso:

"Sobre el particular, la Sala desde la sentencia CSJ SL7061-2016, reiterada en las providencias CSJ SL3761-2018, CSJ SL2588-2019, CSJ SL3113-2019 y CSJ SL3738-2019, precisó que pese a que el beneficiario del régimen de transición no cotice ni devengue salario en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, para calcular el IBL se debe dar aplicación a los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 según el caso, pues

esos preceptos «no establecieron ninguna excepción o salvedad en este puntual aspecto».

"Precisamente, en el fallo que estableció tal criterio en este punto -CSJ SL7061-2016-, la Corte indicó que el mismo se ajusta realmente a lo dispuesto por el legislador y lo adoctrinado por la Corte Constitucional en la sentencia CC-258-2013. En dicha oportunidad, la Corporación explicó:

"1.- Ciertamente, para esta clase de asuntos, que comportan una característica especial, consistente en que teniendo derecho a la pensión de jubilación oficial, el trabajador no devengó suma alguna o no cotizó en calidad de trabajador oficial, durante el lapso comprendido entre la fecha de desvinculación y el cumplimiento de la edad, la Sala aceptaba como solución doctrinal, que la base salarial que deberá actualizarse, será el promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios, por considerar que ello se ajustaba más al objetivo perseguido por la norma citada.

"Lo anterior, se viene sosteniendo desde la sentencia de instancia proferida por esta Corporación, el 30 de noviembre de 2000, Rad. 13336. Esta postura se había mantenido invariable y ha sido reiterada en sentencias de la CSJ SL, 17 may. 2004, rad. 22617, 23 ag. igual año, rad. 22892; 25 nov. de esa misma anualidad, rad. 23769; 30 ag. 2011, rad. 40074; y en casación de 29 may. 2013 rad. 45814 (SL 381/2013), entre otras.

"2.- Sin embargo, haciendo un nuevo examen y en aras de no prever discriminación frente a los demás pensionados que tienen unas reglas claras para liquidar el IBL de su pensión, y ante la nueva recomposición de la Sala, se considera pertinente entrar a reexaminar el tema, en cuanto a la liquidación del IBL de la pensión oficial cuando el trabajador no cotizó ni devengó ninguna suma en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, o sea en vigencia de ley 100/1993, que es lo que acá sucede y donde, como se atrás se dejó sentado, en este caso en particular no resulta dable tener en cuenta las semanas que cotizaron los actores como independientes.

"Como es sabido, para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, el Ingreso Base de Liquidación corresponde al lapso temporal que se debe tomar para establecer el promedio de los ingresos salariales o base de cotización para liquidar toda pensión, el cual se debe definir de conformidad con la nueva normatividad, caso distinto al "monto" porcentual de la prestación que es uno de los elementos que si se conservan del sistema anterior por virtud de la transición y que tiene que ver con el <porcentaje> del IBL que antes se preveía.

"De tal forma que, el IBL para todas las pensiones de jubilación otorgadas bajo el citado régimen de la transición debe en consecuencia determinarse conforme a las reglas establecidas en los Arts. 36 inc. 3° y 21 de la L. 100/1993, que no establecieron ninguna excepción o salvedad en este puntual aspecto, sin que sea dable excluir de estas pautas a aquellas personas que durante ese lapso no devengaron ni cotizaron suma alguna.

"Lo anterior queda acorde con lo expresado en la Sentencia C.Const. C-258 del 7 de mayo de 2013, en la que se sostuvo que las reglas del IBL aplicables a todos los beneficiarios del régimen de transición, son las contenidas en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la L. 100 de 1993.

"3.- En consecuencia, ahora estima la Sala que no es necesario remitirse al promedio de lo devengado en el último año de servicios a efectos de establecer el IBL, pues como antes se explicó debe sujetarse en un todo a los nuevos lineamientos de la Ley 100/1993." (Subrayado fuera de texto).

De lo expuesto, luce palmario que no es posible acceder a la reliquidación de la pensión en la forma pretendida por la activa, es decir, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, pues tal como viene de verse dicha postura fue revaluada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por el mismo Consejo de Estado en sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, tal como se expuso en sentencia 2016-01491 de 2021. Luego, es imperativo enfatizar que la liquidación del IBL de los beneficiarios del régimen de transición como es el caso del actor, está gobernada por las reglas establecidas en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993, como lo mencionó la falladora de instancia.

Ahora, adujo el promotor en su apelación que no se tuvieron en cuenta unos tiempos para la liquidación, señalando que de ello hizo alusión en la demanda, sin embargo, al remitirse esta Corporación al texto del libelo genitor no se avizora a qué tiempos con precisión hace alusión, máxime cuando en los hechos dijo que para reconocerle la pensión le tuvieron en cuenta los prestados a los empleadores que allí reseñó, entre ellos, la EDIS y la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, con los que laboró entre 1976 a 1994, de ahí, que al resultar impróspero su pedimento de liquidar la pensión con el último año de servicios como dijo la *a-quo*, no sea viable tomar únicamente lo

devengado en el último año de servicios que para el caso sería con el Edificio La Torre AV CH que se indica en el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES.

Es de mencionar que, en la fijación del litigio llevada a cabo en primera instancia, dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., no se estableció que uno de los aspectos a tener en cuenta seria lo atinente a la falta de tiempos en la liquidación por parte de un empleador en específico, pues lo que se dijo en esa oportunidad era que el problema jurídico a resolver se ceñía a establecer si la liquidación de la pensión por aportes efectuada según lo consignado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía ajustarse teniendo en cuenta para el efecto el IBL del promedio último devengado, pues el demandante no efectuó cotizaciones entre la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el cumplimiento de la edad, ya que la accionada realizó el cálculo con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, es decir, entre 1981 y 1991 por la EDIS.

Así las cosas, entiende la Sala de acuerdo con los argumentos expuestos en la apelación, en la que hizo referencia a una sentencia que disponía la liquidación de la pensión con el último año de servicios, en el caso de las pensiones reguladas en la Ley 71 de 1988, ello no era posible como se expuso anteriormente, misma conclusión a la que arribó la falladora de instancia, periodos que por demás deben calcularse de acuerdo con las cotizaciones efectivamente sufragadas a la respectiva entidad de seguridad social, y no a partir de los ingresos devengados por los afiliados, así se indicó en sentencia SL1037-2022, Radicación No. 45592 de 2 de marzo de 2022.

De otra parte, no es dable analizar aspectos nuevos como el planteado en la alzada pues se desconocería el principio de congruencia de acuerdo con el planteamiento inicial de la demanda.

Como Corolario de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado. **SE FIJAN COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 el 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para la parte demandante, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **07 2020 00262 01**
Demandante:	FABIOLA ALARCÓN FERNANDEZ
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, identificada con cédula de ciudadanía 1.073.680.314 y T.P. 215.205 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 3 de mayo del año 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora FABIOLA ALARCÓN HERNANDEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia y nulidad del traslado de régimen pensional por medio de

la mentada AFP el día 2001, resultado de engaño y asalto a su buena fe, ignorando el grave perjuicio que le causaba.

Como consecuencia de lo anterior se declare que siempre estuvo afiliada a COLPENSIONES y se condene a PORVENIR S.A. a devolver los aportes realizados por la demandante con destino a COLPENSIONES, así como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora junto con todos sus frutos e intereses además de los rendimientos que se hubieren causado. Asimismo, lo que se encuentre probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 23 de enero de 1967, contando para el momento de la presentación de la demanda con 53 años de edad; que cotizó para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 17 de febrero de 1992 hasta el 30 de abril de 2000, mes en el cual realizó el traslado a PORVENIR S.A., completando entre los dos regímenes 1201 semanas de cotización.

Respecto de la afiliación con PORVENIR S.A. manifestó que la información en la asesoría fue incompleta, pues le aseguraron que se podría pensionar de manera anticipada y con una mesada igual a los aportes que realizaba. Seguidamente, que después de presentar peticiones ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES solicitando su traslado, así como información de su situación pensional obtuvo, la proyección pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, arrojando como mesada la suma de $1’252.400, sin embargo, a través de su apoderada que efectuó la simulación de pensión conforme a las disposiciones de la Ley 797 de 2003, resulta como mesada la suma de $4’134.176.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias, pues en su sentir no obra prueba alguna que demuestre que se incurrió en error o algún vicio del consentimiento a la

demandante; por el contrario, se evidencia que el acto jurídico fue celebrado de manera libre y sin presiones. De la misma manera señaló que la demandante no cumple con los requisitos estipulados en la sentencia SU-062 de 2010 para su traslado por lo que está inmersa en la prohibición para dicho fin.

Propuso como medios exceptivos de mérito errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho de 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 y la innominada o genérica.

Por su parte PORVENIR S.A. contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las declaraciones y condenas, señalando que la vinculación fue producto de una decisión libre, informada y espontánea, tal como obra en el formulario de afiliación correspondiente; por ello, no hay lugar a declarar la ineficacia que reza la Ley 100 de 1993, al no evidenciarse ningún acto que atente contra su derecho pensional. Del mismo modo señaló la inmersión de la demandante en la prohibición legal para trasladarse y la no procedencia de la devolución de los gastos de administración atendiendo a lo dictado por la Superintendencia Financiera y el enriquecimiento sin causa en el que incurriría COLPENSIONES.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de mayo del 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 23 de abril de 2001; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los valores que obran en la cuenta de ahorro individual de la accionante junto con los rendimientos que se hubieren causado, comisiones y gastos de administración con destino a

COLPENSIONES; asimismo ordenó a esta última entidad a tenerla como afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de la decisión señaló que, el deber de información siempre ha existido desde la creación de las AFP, según la Ley 100 de 1993, los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, y lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral; de igual manera que tal obligación se reafirma por la ley civil en el artículo 1603 del Código Civil, el cual consagra el principio de ejecución de buena fe de los contratos, norma que debe ser atendida en cualquier tipo de obligación y más si se trata de las relacionadas con la seguridad social a favor de una trabajadora, por lo que se precisa que los fondos estaban en la obligación de brindar información completa, clara y certera.

Asimismo, que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha determinado la evolución del deber de información y sus alcances en tres etapas: la primera de 1993 a 2009, cuando se exigía el deber de información según los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, con el contenido de las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, temporalidad en la que se encuentra de la demandante. La segunda desde 2009 hasta 2014 añadiendo la asesoría y buen consejo al deber de información y la última etapa desde 2014 hacia el futuro, cuando se adiciona la doble asesoría.

Argumentó que al encontrarse frente a la consigna en la demanda de no haber recibido la información completa y clara, este supone un supuesto negativo indefinido debiéndose valorar con la literalidad del artículo 177 del C.G.P., es decir que estos no requieren de prueba, y no fue desvirtuado por pasiva.

En el caso en concreto, encuentra que como pruebas reposan en el expediente la reclamación administrativa, el formulario de afiliación y la historia laboral de la demandante, de la misma manera que se efectuó el interrogatorio de parte a la demandante y a la representante legal de PORVENIR S.A., por lo anterior encontró que no se acreditó que PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información, pues el formulario no es prueba suficiente para acreditar tal obligación según lo fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, asimismo del interrogatorio no existió confesión de haber cumplido ese deber por parte de la AFP, al contrario no conocía la incidencia del traslado de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado solicitando que se revoque en su totalidad, pues considera que atendiendo al principio de relatividad jurídica, la sentencia no debería afectarla ni beneficiarla, sin embargo se perjudica a la administradora cuando se ordena el reintegro de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues se altera el equilibrio financiero del régimen público, ya que también esto contempla el reconocimiento de un eventual derecho pensional a futuro.

De otro lado solicita que de no revocarse la sentencia apelada, se ordenen las devoluciones de los dineros correspondientes incluyendo los rendimientos financieros, fondo de garantía de pensión mínima, anulación de bonos pensionales y porcentaje de seguros previsionales y gastos de administración.

De la misma manera se condene a PORVENIR S.A. a pagar por los perjuicios causados por el volver a tener como afiliada a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en atención a la teoría del derecho civil de quien ocasiona un daño debe repararlo.

Por su parte PORVENIR S.A. también apeló la decisión del *a-quo*, considerando que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado pues solamente se le puso de presente otras opciones para administrar su pensión, lo cual no es atentar contra el derecho de la afiliación; además que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse y se demostró el querer permanecer afiliada con la continua permanencia de la accionante en el régimen y además conocía las características del mismo.

Igualmente presentó oposición a la devolución de los gastos de administración y su indexación al contemplar esto como un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, pues dichos dineros no son parte integral de la pensión y

son de tracto sucesivo, razón por la cual aplica la prescripción, adicionalmente al ordenarlos indexados constituyen una doble condena.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para abordar el problema jurídico planteado, se ha de tener en cuenta que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría

que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los*

jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe*

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, en el presente proceso se allega el formulario de afiliación que suscribió la parte actora el 23 de abril de 2001 con la AFP PORVENIR S.A. (Fl.72 del documento digital 23. Contestación Demanda Porvenir), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y espontánea, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otra parte, en cuanto al interrogatorio de parte efectuado a la demandante se extrae que actualmente es docente y es maestra en artes plásticas; que su afiliación se dio en la UNIVERSIDAD JAVERIANA en el año 1999, aunque no recuerda la fecha exacta, cuando un asesor de PORVENIR S.A. la abordó para comentarle la posibilidad de trasladarse con ellos, en tanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES estaba en riesgo de liquidación, por lo que en el fondo privado tendría mejores garantías, podría pensionarse con la misma cantidad de aporte y se generarían intereses, lo que le permitiría tener una mejor pensión, situaciones que la convencieron para realizar el traslado. Del mismo

modo, mencionó que le llegaban extractos de parte de PORVENIR S.A. pero durante un tiempo.

De lo anteriormente reseñado no se puede concluir una confesión que la información proporcionada por el Fondo fue clara y completa, pues si bien hizo alusión a distintas características constitutivas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que en el momento de la suscripción del formulario de afiliación estaba realizando un traslado de régimen, estos aspectos no son suficientes para demostrar que se le dio a conocer los riesgos, efectos y consecuencias del mismo, pues claramente expresó que creía que los requisitos para pensionarse tanto eran los mismos, no tenía conocimiento de que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual o podría realizar aportes voluntarios, así como nunca le informaron sobre la posibilidad de incurrir en la prohibición legal para trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para el reconocimiento de su pensión.

Aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte de la representante legal de PORVENIR S.A., este no permite dar una conclusión distinta, en el entendido que manifiesta que la única prueba de la afiliación de la demandante es el formulario de afiliación, el cual, como ya se explicó en precedencia, no es suficiente para demostrar la información dada al momento del traslado.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

	Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 2001, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, respecto de la devolución de los gastos de administración y prima de seguros previsionales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Por lo anterior, al tenerse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la PORVENIR S.A. no realice la devolución de los gastos de administración, ni las primas de seguros previsionales y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De igual manera, debe señalarse respecto de los gastos de administración, que su devolución debe realizarse de manera indexada, al señalar la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5543-2021, Radicación No. 86545 del 9 de diciembre de 2021:

"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones -- debidamente indexados-- 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En igual sentido, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

Y en reciente sentencia SL1440 del 2021, dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*
>
> *"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*
>
> *"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*
>
> *"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*
>
> *"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*
>
> *"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto*

jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la demandante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, respecto de la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción",* motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual también se predica de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que no es dable emitir pronunciamiento alguno frente a lo señalado por COLPENSIONES en el recurso, esto es, que se condene a

PROVENIR S.A. a indemnizarla, en tanto las pretensiones de la demanda se dirigieron por el afiliado en relación con la ineficacia del traslado.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

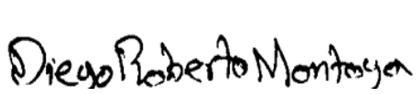
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 3 de mayo del año 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de las recurrentes, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **08 2019 529 02**
Demandante: MARCO ANTONIO BARON GAONA
Demandado: AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA-ALAS LTDA

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARCO ANTONIO BARÓN GAONA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la empresa AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2013 y el 5 de junio de 2019, el cual terminó de manera unilateral y sin mediar justa causa.

Por consiguiente, pretende se condene a la demandada al pago de la prima de servicios teniendo en cuenta el salario realmente devengado, auxilio de

cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que, celebró un contrato de prestación de servicios con la empresa AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA. - ALAS LTDA., percibiendo un salario mensual de $2.276.640, constituyéndose este último con la prestación de sus servicios como trabajador en el cargo de Técnico de Sección Administrativa, entre otras denominaciones y con distintas funciones que constituyen un verdadero contrato de trabajo, prestando sus servicios en extensas horas de trabajo de lunes a sábado.

Que la encartada le pagó de manera mensual por concepto de honorarios con ocasión de la prestación personal del servicio, conforme se estableció en la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios que suscribieran. Sostuvo que la hora pagada por los servicios prestados tenía un valor de $12.648, es decir, por debajo del salario diario mínimo estipulado.

Al unísono, adujo que el objeto del contrato de prestación de servicios consistía en desempeñar actividades en el Grupo Aeroindustrial, específicamente en el proyecto Pegaso, no obstante, las funciones que realizó consistieron en consolidar y revisar la información del grupo técnico y de una sección del Estado Mayor llamado laboratorio de calibración, siendo contratado en varios cargos tales como Técnico en Sección Administración y/o Técnico en Planeación Aeronáutica con especialidad en SAP, Técnico en Mantenimiento Electromecánico Industrial, funciones conexas y necesarias para el cumplimiento del servicio.

Asimismo, expuso que realizaba algunas funciones que no se enmarcaban en el contexto del objeto contractual, incluso, obedeciendo órdenes impartidas

por personas ajenas a la demandada, pues cada vez que se le requería debía desarrollar tareas por personal de la FAC como lo era la asistencia a reuniones, rendimiento de informes y tareas a su jefe directo, entre otras; tanto así, que debía desplazarse asumiendo los gastos y portando uniformes de la encartada.

Sostuvo que la demandada tenía establecido para sus contratistas el uso de un uniforme que constaba de botas de seguridad, pantalón, camiseta y chaqueta, el cual era suministrada por la misma pasiva, así como que regulaba el horario de ingreso a través de un control biométrico. Que para el año 2014 fue cancelado su contrato de prestación de servicios bajo el argumento de un déficit presupuestal, siendo contratado nuevamente con un interregno de interrupción de aproximadamente un mes.

Aseveró que la demandada en todo momento ejerció poder subordinante sobre sus contratistas por intermedio del personal de altos cargos, por lo que, aparte de cumplir horario, debía solicitar permisos para ausentarse, entre otras situaciones que denotan el elemento subordinante.

Por último, argumentó que el contrato culminó de forma unilateral y sin mediar justa causa el 5 de junio de 2019 por parte del empleador, sin que se cumpliera con el deber de informar las razones por las que no continuaría su contratación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA. - ALAS LTDA. contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas en su contra. Adujo que suscribió con el demandante contratos de prestación de servicios por los periodos comprendidos entre el 15 de febrero de 2013 y el 5 de junio de 2019, los cuales no estuvieron atados a subordinación laboral.

Por otra parte, adujo que los contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante tuvieron como objeto la prestación de servicios profesionales como técnico en la sección administrativa y/o técnico en planeación aeronáutica y/o técnico en control de calidad, especialista en SAP, realizando la actividad en las instalaciones en el Comando Aéreo de Mantenimiento CAMAN ubicado en Madrid Cundinamarca, y/o directamente en las aeronaves o talleres de soporte.

Igualmente, adujo que la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. – CIAX es una Sociedad de Economía Mixta bajo el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, entidad autónoma domiciliada en la ciudad de Bogotá, corporación con la que suscribió un contrato para el suministro de personal altamente calificado para la FUERZA AEREA COLOMBIANA en la reparación y mantenimiento de las aeronaves de la FAC y/o técnicos en la sección administrativa y/o técnico en planeación aeronáutica y/o técnico en control de calidad, especialista en SIAP.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia de contrato de trabajo, pago y cumplimiento y buena fe.

Asimismo, propuso como excepción previa la de falta de integración de litisconsorte necesario respecto de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA COLOMBIANA, la cual fue declarada como no próspera por la *a-quo* en decisión adiada el 9 de diciembre de 2020, y conformada por esta Sala de decisión en proveído calendado el 19 de marzo de 2021 (Fls. 373 a 374 y 378 a 380 incluido Cd de audio).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de noviembre de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones

incoadas en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo.

Para arribar a tal conclusión, la falladora en principio hizo alusión a la primacía de la realidad sobre las formas asentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, junto con la presunción dispuesta en el artículo 24 del C.S.T., en el entendido que cuando queda plenamente demostrada la prestación personal del servicio en favor de la demandada, se presume que la misma deriva en la existencia de una relación laboral, trasladándose la carga de la prueba a la pasiva quien deberá derruir dicha presunción con los medios probatorios necesarios.

Bajo este entendido, adujo que no existe controversia sobre la prestación personal del servicio, en tanto la pasiva lo aceptó desde la contestación de la demanda, con la premisa que la misma surgió bajo una relación de naturaleza civil en la modalidad de un contrato de prestación de servicios para que el demandante ejecutara labores de Analista Contractual, por lo que se trasladó la carga de la prueba en responsabilidad de la encartada a efectos de derruir la presunción referida.

Que en tal sentido, la presunción legal fue desvirtuada por la llamada a juicio, dado que del estudio del caudal probatorio en conjunto, no se evidencia la configuración de la subordinación que es el elemento característico de toda relación laboral, por cuanto en el trámite del proceso se demostró que la actividad desplegada por el demandante, quien era Técnico Analista Contractual en la Sección Administrativa, no se encontraba sujeto al cumplimiento u obedecimiento de órdenes señaladas por la accionada, sino que se trataba de una labor de conocimientos específicos en los cuales el actor tenía todas las capacidades, sin que mediara subordinación para el cumplimiento de estas; tanto así, que se presentó como indicio el hecho que el demandante pudiese no asistir a su labor sin que ello tuviese consecuencias,

sino que simplemente no se le pagaban las horas en las que se dejaba de prestar la actividad.

También argumentó que la actividad desarrollada por el demandante se denotó como autónoma, toda vez que, desde la suscripción del contrato de prestación de servicios se dejaron claras las condiciones en que regía la modalidad contractual, estipulándose como primera medida que las labores a desarrollar por el actor serían en el Comando Aéreo de Mantenimiento CAMAN ubicado en Madrid Cundinamarca, la existencia de un rubro por concepto de honorarios el cual sería cancelado de acuerdo a las horas laboradas y al cumplimiento del objeto general del referido contrato, previa presentación de las cuentas de cobro y autorización de pago por parte del supervisor del contrato, aunado a que debía acreditar el pago de aportes a seguridad social, aspectos todos que en la realidad marcaron la prestación del servicio, lo cual se corroboró con la prueba testimonial y lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte practicado, máxime si en el contrato se acordó que en el evento que la prestación del servicio fuese en un lugar distinto al pactado, sería la demandada quien asumiría los costos de desplazamiento, manutención y alojamiento, inclusive se determinó que dentro de las obligaciones del demandante estaban las de cumplir las directrices de CAMAN y demás situaciones que incluían identificación, vestuario, entre otros.

Que tales elementos serían suministrados por la demandada ya fuese para identificación o seguridad del contratista, mayormente si dentro del contrato de prestación de servicios se estableció que esos suministros no se considerarían como dotación, lo cual a su juicio también podía entenderse como tal dada la actividad desempeñada y las instalaciones donde prestaba el servicio, las cuales se encontraban dentro de un margen de seguridad. Que en atención a la sana crítica probatoria, todo lo dicho se acompasa con las cuentas de corbo allegadas por el demandante y dirigidas a la demandada, con el fin de que se le cancelaran al actor unos honorarios para lo cual anexaba las correspondientes planillas de pago al Sistema Integral de Seguridad Social, por

lo que la encartada no se hacía cargo de cubrir el pago sobre estos conceptos, característica propias de los contratos de prestación de servicios, adicional a que obran las planillas de medición de horas, sin que se haya acreditado que estas fuesen impuestas por parte de la pasiva, como tampoco se advierte alguna fecha de inicio o finalización de las presuntas jornadas de trabajo.

De otra parte, expuso que la remuneración del actor era variable, ya que en el contrato de prestación de servicios quedó consignado que su pago quedaría condicionado a las horas desarrolladas en su actividad, máxime si obra prueba que el actor cotizaba al sistema integral de seguridad social como independiente, presupuestos todos por lo que concluyó que en efecto AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA - ALAS LTDA logró desvirtuar el elemento subordinante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en la alzada que no existe duda sobre la prestación personal del servicio con una retribución dineraria sobre dicha prestación.

Que contrario a lo decidido por la *a-quo*, quedó plenamente demostrado el elemento subordinante al recibir órdenes directas de los jefes inmediatos y de los coordinadores al servicio de la demandada, al igual que a las personas que ocupaban cargos de planta y desempeñaban las mismas funciones durante el tiempo laborado, ya que los testimonios recaudados en el trámite procesal fueron coherentes, claros y libres de apremios, que envolvieron toda la situación desarrollada durante el entorno laboral.

Que por tal razón, se acreditó la existencia de una verdadera relación laboral disfrazada por sucesivos e interrumpidos contratos de prestación de servicios de manera malintencionada, máxime si los testigos laboraron por más de dos

años como compañeros de trabajo, por lo que es palmario que tengan conocimiento directo sobre todo lo sucedido.

Adicionó que la empresa demandada ejercía pleno control de las actividades desarrolladas por los contratistas a través de las señoras CAROLINA CONTRERAS y ALEJANDRA BARRERO, quienes ejercían como Supervisoras y Coordinadoras del contrato con la empresa pasiva, junto con el Mayor DAVID PASTRANA COLLAZOS, quien es el supervisor del contrato principal entre la FUERZA AEREA COLOMBIANA y la pasiva, de ahí que la encartada fuese la que autorizaba el pago de las horas trabajadas, las cuentas de cobro, la verificación de las horas cumplidas por cada uno de los contratistas, así como también para el caso de los permisos, implementos de seguridad industrial, cursos, dotaciones, entre otros, coordinadores que además manejaban toda la contratación y supervisión de los trabajadores vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, ya que servían como enlace operacional entre la pasiva y la FUERZA AEREA COLOMBIANA.

Que en la demanda se plasmaron fundamentos jurídicos tales como la protección al trabajo, protección a la vinculación laboral y aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, los que impiden que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizados como forma de intermediación laboral o de tercerización como regla general, aspectos todos que se acompasan con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problema jurídico principal, si entre el demandante MARCO ANTONIO BARON GAONA y la demandada AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA. existió un contrato de trabajo en atención al principio de primacía de la realidad sobre las formas, en los extremos temporales expuestos por el demandante, esto es, los comprendidos entre el 15 de febrero de 2013 y el 5 de junio de 2019.

De prosperar lo anterior, la Sala auscultará la procedencia o no de las pretensiones de carácter condenatorio endilgadas por el actor para con la encartada.

c. Del caso en concreto:

Es menester precisar en primera medida 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 *ejusdem* 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.

A su vez, el artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del

proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, en especial el elemento de subordinación, así lo ha asentado de manera doctrinaria nuestro órgano de cierre en reiteradas decisiones, tales como las sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de un verdadero contrato de trabajo, precisó:

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*
>
> *"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:*

"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas".

Así las cosas, descendiendo al *sub-examine,* es palmario que como lo determinó la falladora de instancia, no fue objeto de reproche por ninguna de las partes que integran el contradictorio, que entre el demandante señor MARIO ANTONIO BARÓN GAONA y AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA se suscribieron sendos contratos de prestación de servicios comprendidos entre el año 2013 y el mes de junio de 2019 con sus diferentes prórrogas y modificaciones, prueba de ello son los mentados contratos civiles y demás documentos que identifican lo hasta aquí sostenido (Fls. 27 a 29, 31 a 33, 42, 43, 44, 47 a 49, 50, 61 a 63, 66 a 68 y 74 a 76).

Lo anterior, conlleva a su vez a que, atendiendo los postulados tanto legales como jurisprudenciales, en el caso de marras se encuentre plenamente acreditada la prestación personal del servicio llevada a cabo por el demandante, y que da lugar a que se active la presunción de la existencia del contrato pretendido, para que le corresponda a la parte demandada como

carga probatoria de conformidad con lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., derruir el elemento subordinante que envuelve la presunta relación laboral.

Para tal efecto, se tiene que se practicó el interrogatorio de parte al Representante Legal de la demandada AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA-ALAS LTDA, quien manifestó que entre el actor y la demandada se suscribieron sendos contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, con un horario establecido por la Fuerza Aérea en el Comando Aéreo de Mantenimiento-CAMAN, bajo órdenes de un oficial de la Fuerza Aérea Colombiana en un contrato denominado plan maestro, en virtud del cual el demandante mantenía exclusividad en las funciones del contrato de prestación de servicios.

Mencionó también que durante el contrato mencionado anteriormente no le fueron canceladas vacaciones ni prestaciones sociales dada la naturaleza del mismo; asimismo, que el demandante debía proveer sus propias herramientas de trabajo y, en lo referente a los horarios y las solicitudes de salida, las mismas se veían cubiertas bajo autorización del oficial de la FUERZA AÉREA junto con la coordinadora enlace entre la demandada y la mentada FUERZA AÉREA. Adujo que para este contrato los honorarios se pagaban mensualmente de acuerdo al reporte de horas entregado por el supervisor con destino al coordinador de la demandada.

Seguidamente, señaló el tipo de contrato que vincula a la empresa AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA y a la FUERZA AÉREA, refiriendo que en una licitación pública que hubo en el año 2012 la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA- CIAC necesitó un aliado estratégico, con un contrato de colaboración empresarial en aras de desarrollar cualquier proyecto con la FUERZA AÉREA, con el EJERCITÓ NACIONAL, con POLICÍA NACIONAL o con la ARMADA, lo que implica que AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA fungió desde antes del 2012 como un proveedor de la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA

COLOMBIANA- CIAC frente al suministro de partes, componentes y reparación de aeronaves, situación que cambió cuando a partir del año 2012 y, después de la licitación contemplada en la ley, en ese contrato de colaboración empresarial AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA cambió el título de proveedor por el de Aliado Estratégico; en desarrollo de esa unión la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA- CIAC se apoyó en la demandada para conseguir la mano de obra calificada para atender los aviones.

En el caso del demandante, la experiencia le servía a la FUERZA AÉREA para tener un conocimiento de los consumibles de ese año, pensando en la ejecución y presupuesto del año siguiente, a la demandada, la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA- CIAC le traslada los requerimientos necesarios del personal, ya sean técnicos con licencia, con experiencia específica o ingenieros de campo, es decir, que la pasiva AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA., queda supeditada a las políticas que trace la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA- CIAC, en esto incluidos los elementos de identificación, tal como son los uniformes para la identificación del personal de cada unidad, dado que estos son elementos de seguridad al interior de la FUERZA AÉREA, así como las talanqueras para acceder a las áreas más restringidas, el llamado al personal para su debida identificación, todo a fin de prevenir el ingreso de personal no autorizado.

Simultáneamente aclara que si el demandante no podía cumplir con su labor fuera de las instalaciones de CAMAN, era debido a la información sensible que manejaba para poder proyectar el plan anual de adquisiciones, por este motivo al demandante no se le permitía manejar esta información fuera del área militar; a su vez respecto a la terminación del contrato con el demandante, señala que se debió a la finalización de la orden de servicios, la cual es impartida por la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA

COLOMBIANA- CIAC de acuerdo con la asignación presupuestal anual, específicamente para la FUERZA AEREA COLOMBIANA.

Por su parte, el demandante MARCO ANTONIO BARÓN GAONA, afirmó que prestó los servicios en la base aérea de Madrid Cundinamarca- CAMAN (Comando Aéreo de Mantenimiento), siendo el encargado de consolidar el plan anual de adquisiciones del grupo Aero Industrial, del grupo Técnico y del Laboratorio de Calibración, servicio que era remunerado en pagos mensuales de acuerdo a un cumplimiento de horario y de horas registradas, las cuales eran certificadas por dos coordinadoras de personal de la aquí demandada, que fungían como enlace con el supervisor de la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA- CIAC, quien generalmente era un oficial; pese a esto, el demandante expone en su declaración que siempre tuvo claro que la prestación de servicios era con la demandada.

De igual manera el demandante explica brevemente que mientras cumplía sus funciones, en caso de no poder asistir a prestar el servicio, tenía que informar y solicitar el permiso, pese a esto, nunca le hicieron un llamado de atención y la consecuencia a esa ausencia era el no pago del tiempo no laborado o en su defecto la reposición del mismo; aunado a esto, el demandante afirma que en caso de llegar tarde al horario establecido, la consecuencia era una formación grupal y el traslado al escuadrón Aurora, medida que fue suspendida dado múltiples demandas a esta actividad, así como que fue dado de baja un sistema biométrico para controlar el ingreso del personal de AEROLABOR, dando paso a controles escritos, los cuales se verificaban mediante una planilla la cual era avalada por el supervisor del contrato de la FUERZA AÉREA.

Igualmente, el accionante afirma que para ejercer las labores por las que se le contrató debía cumplir con los requisitos presentados en el Decreto General de Presupuesto 111 de 1996, dado que las funciones dentro de plan anual de adquisiciones son para iniciar licitaciones, procesos de mayor y menor cuantía en el año siguiente a la vigencia, así que fue necesario tener conocimiento

sobre códigos, de los bienes y de los rubros presupuestales; cabe destacar que el demandante refirió frente a la prestación del servicio, que las funciones que cumplía se encontraban establecidas desde un principio, dado que el servicio consistía en realizar la planeación para la designación de los recursos destinados al grupo Aero-Industrial; por otra parte, el demandante asevera que la aprobación de dichos proyectos quedaban en cabeza de CAMAN y no de su contratante.

Asimismo, afirma que mientras prestó los servicios para el grupo Aero-Industrial, se le designó una oficina bajo dependencia del comandante del grupo, donde los equipos e insumos de oficina eran proveídos por el Comando Aéreo de Mantenimiento, junto con un correo institucional, el cual le fue asignado para permitir la comunicación de los requerimientos del servicio, excluyendo de estos insumos la dotación y el carné de identificación que era otorgado por la demandada, los cuales contaban con el logo de AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA., y de la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA- CIAC.

El testigo DIEGO FRANCISCO GRANADOS VALDERRAMA indicó que fue compañero del demandante y que trabajó para la demandada AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA., constándole que prestó sus servicios en la base aérea CAMAN como analista con un salario de más de $2’000.000. Afirmó que el técnico Segundo Mayorga, Suboficial de la FUERZA AÉREA, tenía las mismas funciones que el demandante y quien daba las órdenes de trabajo era el Supervisor Teniente Bautista, quien es Oficial de la FUERZA AÉREA, último quien junto con el personal de la demandada y de la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA- CIAC., eran los encargados de revisar las cuentas de cobro, los anexos del pago de seguridad social y el pago de la ARL; refirió que nunca observó ningún llamado de atención ni memorando al demandante frente al cumplimiento del horario, el cual fue de 7:30 a.m. a 4:30 p.m., afirmando así que la persona que llegase después de la

hora mencionada no le permitían el ingreso, hasta que se lo autorizara el Coronel o el Oficial que estuviera en la guardia.

Señaló que por su experiencia personal si se llegaba a presentar algún motivo por el cual el demandante debiera salir de las instalaciones, debía solicitar permiso a las coordinadoras de la empresa AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA o la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA- CIAC., y una vez terminado el permiso, el actor debía reponer las horas.

El testigo afirma que se les otorgaba una dotación la cual constaba de chaqueta, pantalón y camisa, y que los elementos utilizados para la prestación del servicio eran de la base aérea y no de la demandada.

Finalmente el testigo JUAN ENRIQUE CHAVARRO CASTILLO señaló que fue compañero del demandante y que tuvieron un contrato por prestación de servicios con la demandada desde enero de 2013 hasta junio de 2019, constándole que prestó sus servicios en la base aérea CAMAN como analista contractual, con un salario que para el último año fue de $2'100.000; que quien suministraba las órdenes eran los oficiales y suboficiales de la Fuerza Aérea, los cuales debido a la rotación de los cargos fueron cambiando, además de unas funcionarias que dictaban las directrices a seguir por parte de la empresa AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA - ALAS LTDA, quienes manejaban temas de calidad y actualizaciones.

Refiere que frente al tema del horario, no se daban llamados de atención, pero si observaciones respecto a las llegadas tarde y que se debían cumplir las 48 horas semanales estipuladas en el contrato, sin embargo, si no asistía no se le tenía permitido designar un reemplazo por cuestiones de seguridad, la acción a seguir era informar a las coordinadoras y el hecho de no asistir significaba el no pago de ese tiempo; frente al pago de las cuentas de cobro iban dirigidas a AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA - ALAS LTDA., acompañadas por planillas

donde se registraban las actividades diarias del mes, aunado a eso se anexaban el pago de seguridad social y el pago de la ARL.

De igual manera afirmó que AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA. les daba una dotación que consistía inicialmente de overol y botas, pero el material, la oficina, el computador, el correo electrónico y demás elementos con los que se efectuaba el servicio fueron designados por el Comando de Mantenimiento y el Grupo Técnico Aero-Industrial. Por último, expuso que la causa de terminación del contrato fue un oficio común, que afirmaba que ya no eran necesarios los servicios.

Bajo este entendido, se tiene que de las declaraciones se puede extraer que el actor en todo momento desde el año 2013 y hasta el mes de junio de 2019, prestó sus servicios al interior de las instalaciones del Comando Aéreo de Mantenimiento CAMAN, propiedad de la FUERZA AÉREA COLOMBIANA, en actividades de proyección para la destinación presupuestal, así como que dichas acciones las desarrolló según los requerimientos del personal del Comando Aéreo, justificando el control frente al manejo de información sensible y de identificación del personal, pero sin que se denote que por la actividad desarrollada hubiesen existido aspectos subordinantes por parte de la aquí demandada AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA, en tanto, además de destacarse de su interrogatorio de parte, así como los expuesto por los testigos DIEGO FRANCISCO GRANADOS VALDERRAMA y JUAN ENRIQUE CHAVARRO CASTILLO, si bien existían en el lugar de las actividades coordinadoras de la encartada, lo cierto es que no ejercían subordinación.

Por el contrario, el mismo actor confesó que no era necesario la imposición de funciones diarias, dado que tenía claras las mismas, y a pesar de que existían eventos en los que sí se le requerían actividades adicionales, estas las desarrollaba de manera esporádica, máxime si se tiene en cuenta que señaló que las coordinadoras de la compañía encartada ni si quiera le comunicaban memorandos ante las inasistencias que se llegasen a presentar de su parte,

tópico trascendental para que la Sala pueda colegir que el escenario mencionado por el mismo actor en nada atañe a la configuración del elemento subordinante.

De otra parte, el hecho de registrar o certificar el número de horas laboradas por las coordinadoras para el pago de los honorarios, en manera alguna implica subordinación, pues se trata de un mecanismo para establecer el cumplimiento del objeto contractual y el pago de los honorarios causados.

De otra parte, el testigo DIEGO FRANCISCO GRANADOS VALDERRAMA, refirió que quien establecía los parámetros de la labor era el Supervisor Oficial de la Fuerza Aérea, lo cual no desnaturaliza el objeto contractual, en tanto las labores se prestaban frente a una actividad que implica la constante supervisión por el nivel de seguridad que implica, máxime que refirió el deponente que nunca observó ningún llamado de atención frente al cumplimiento de horarios, siendo igualmente entendible que se restringiera el acceso a las horas determinadas o que se lleve un control para salir de las instalaciones, sin que tal aspecto implique subordinación.

En igual sentido, el testigo JUAN ENRIQUE CHAVARRO CASTILLO dio cuenta que las directrices eran impartidas por oficiales y suboficiales de la Fuerza Aérea, lo cual, se reitera, no contradice el objeto contractual ni se traduce en subordinación de la accionada, corroborando que no se emitían llamados de atención frente a horarios, sino observaciones respecto a las llegadas tarde, lo cual se advierte congruente con la seguridad que implica la actividad contratada, la que además, implica conocimiento técnicos.

Ha de destacarse que la finalidad general de los reiterativos contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA- ALAS LTDA versaron sobre un objeto contractual específico que gravitó en torno a la prestación de servicios especializados como Técnico en Sección Administrativa y/o Técnico en Planeación

Aeronáutica con especialidad SAP, y/o Técnico en Registro de Producción y Control de Calidad y demás funciones conexas, donde a su vez las actividades a desarrollar quedaron plenamente pactadas, destinándose como sitio de la prestación del servicio las instalaciones del Comando Aéreo de Mantenimiento CAMAN, adicional a que quedó plasmado que la actividad desarrollada debía efectuarse bajo las condiciones y con el cumplimiento de los requerimientos de seguridad y acceso a las misma, de allí que guarde congruencia la realidad procesal en el entendido que la acción desarrollada en su momento se hubiese llevado a cabo en instalaciones de un tercero como lo fue CAMAN, ello con ocasión del contrato de colaboración empresarial celebrado entre la encartada y la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA - CIAC (Fls. 348 a 360).

Por tal razón, es evidente que al suscribirse contratos de prestación de servicios entre el actor y AEROLABOR & SOPORTE CIA LTDA - ALAS LTDA. a efectos de prestar una asistencia a un tercero, exista una serie de connotaciones que en nada desdibujan la esencia de los contratos de prestación de servicios pactados por las partes.

Así las cosas, esta Corporación considera que la demandada cumple con la carga de la prueba desvirtuando la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., pues se demostró que la relación entre la autoridad demandada y el proponente estuvo regida bajo una relación de carácter civil, a través de sendos contratos de prestación de servicios en virtud del cual el demandante ejecutó la actividad de Técnico Analista Contractual o Técnico de Planeación y Seguimiento de manera autónoma.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de cada demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 en su integridad la sentencia proferida por el 9 de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para l parte demandante, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **09 2020 00208 01**
Demandante:	ADRIANA TORO ACOSTA
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA ALEJANDRA BARRAGÁN COAVA, identificada con cédula de ciudadanía 1.063.300.940 y T.P. 305.329 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADRIANA TORO ACOSTA promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con la finalidad que se declare

ineficaz el traslado de régimen que efectuó la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., por tanto, no surtió efectos jurídicos su permanencia en ese régimen y tampoco existió solución de continuidad en su afiliación primigenia.

En virtud de lo anterior, se ordene a la convocada a juicio PORVENIR S.A., a trasladar a la enjuiciada COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados por parte del fondo privado; además, se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación, recibir los dineros anteriormente mencionados, al igual que actualizar, corregir y poner a su disposición su historia laboral, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 5 de noviembre de 1966, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 54 años; que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, desde el 1º de abril de 1.994, efectuando cotizaciones a través de diferentes empresas; no obstante, el 1º de abril de 1998 suscribió formulario de traslado de régimen con destino a la AFP PORVENIR, sin haber recibido información concreta y veraz por parte de esa administradora de las características de ambos regímenes pensionales y de las reales consecuencias que conllevaría su traslado, es decir, omitió dar información de las ventajas y desventajas del cambio de régimen y de su futuro pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones del escrito inaugural, por cuanto la afiliación de la demandante con COLPATRIA en el año 1998, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, como se aprecia de la solicitud de vinculación; de manera tal, que resulta improcedente declarar la ineficacia que se reclama por activa, pues no se acreditan los presupuestos consignados en el artículo 271 de la Ley 100 de

1993, por lo que no existieron vicios en el consentimiento y además la gestora se encuentra incursa en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.
Por su parte, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la demandante efectúo el traslado al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente válido y no se encuentra inmersa en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia, máxime cuando esa entidad no tuvo injerencia en dicha decisión, por lo que su dicho debe ser demostrado.

Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema - Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., el 20 de febrero de 1998.

Como consecuencia de ello, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual

de la actora, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Igualmente, condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., todos los valores que fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas; finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a dicha conclusión, la Juez de primer grado trajo a colación el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 del mismo precepto legal, que regulan la libre escogencia del régimen pensional y las consecuencias a la vulneración de ese derecho; igualmente, mencionó que la Corte Suprema de Justicia, ha referido que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde la creación de las mismas, deber que con el paso del tiempo ha impuestos un mayor nivel de exigencia, en tres etapas: la primera desde 1993 hasta 2009, la segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, la último, de 2014 en adelante, tal como se expuso en sentencia SL2209-2021.

De otra parte, mencionó que la carga de la prueba en casos como el aquí debatido, está a cargo del fondo de pensiones, conforme se ha señalado en reiteradas jurisprudencia, emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, entre otras, en sentencia SL4426-2019, presupuesto probatorio que se aplica sin importar si el afiliado tenía o no un derecho consolidado, una expectativa legítima o un beneficio transicional según sentencias SL1452-2019 y SL1217-2021; y el hecho de efectuar traslados entre administradoras no sanea las deficiencias subsistentes del traslado de régimen en cuanto al incumplimiento del deber de información. De la misma forma, sostuvo que la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo no tenía vocación de prosperidad.

En ese orden ideas, concluyó que por pasiva no se demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el Fondo de Pensiones COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., el 20 de febrero de 1998, ordenando la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluyendo el reintegro a COLPENSIONES del saldo, los

rendimientos financieros, cuotas de administración y comisiones, rubros que deberá recibir COLPENSIONES y además deberá normalizar la afiliación de la historia laboral de la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que esa entidad no tuvo injerencia en la decisión de traslado de la actora, y que la declaratoria del mismo pone en riesgo la estabilidad financiera de la entidad; además sostuvo que se falló en el deber de información, por lo que debería ser el fondo de pensiones privado el que reconozca los beneficios del régimen de prima media ante tal omisión, por lo que de ser confirmada la sentencia se debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones, las cuotas abonadas al fondo de pensión mínima, rendimientos, bonos, seguros previsionales. Por último, solicita se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, dado que no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión.

A su turno la demandada PORVENIR S.A., en su apelación adujo que el deber de información está consignado en el formulario de afiliación en el que se avizora el consentimiento de la actora, documento que no fue tachado ni desconocido; además la entidad le garantizó el derecho al retracto, lo que se prueba con la publicación que efectuó en el año 2004 en el diario El Tiempo, sin que realizara manifestación alguna. Además, no procede la condena por la devolución de los gastos de administración, los cuales no forman parte de la pensiona de vejez por lo que están sujetos a prescripción, de ahí, que se configura un enriquecimiento sin causa al ordenar su devolución a favor de COLPENSIONES, lo que está definido en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, de modo que la demandante debería restituir los frutos que ha recibido cuando se declara una nulidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone

el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la*

regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 20 de febrero de 1998 con COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de abril de esa misma anualidad, lo cual se aprecia igualmente de la certificación del SIAFP (Fls. 141 y 174 archivo A4), formulario que implicó el cambio de régimen pensional, el que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte del funcionario de la época, sin que haya aseverado que en efecto se haya otorgado una información oportuna y veraz sobre las ventajas y desventajas del traslado, así como las características propias de los regímenes pensionales. Así, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una debida información de COLPATRIA al momento del traslado según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, salta a la vista la carencia probatoria de la encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

De otra parte, el hecho de que existan traslados horizontales, no convalida *per se* el traslado inicial, así se ha dicho entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 en las que se manifestó lo siguiente:

> "*[…] la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".*

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, contrario a lo expuesto por PORVENIR S.A. en su impugnación, incluidos los frutos de los cuales reclama su devolución el fondo privado que le fueran consignados en la cuenta de ahorro de la afiliada.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, que alude la demandada COLPENSIONES en su impugnación, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los*

afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, como lo indicó la falladora de instancia.

Frente a la inconformidad planteada por PORVENIR S.A. referente a que garantizó el derecho de retracto con la publicación que efectuó al respecto en un diario de amplia circulación, debe acotarse que el hecho que la accionante no haya retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el término legalmente conferido, no implica convalidar un traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad precedido de una falta de información.

Ahora bien, aduce COLPENSIONES que debe ser la AFP que dispuso el traslado de régimen de manera indebida, quien debe responder por los beneficios que reconoce el régimen que administra; no obstante, la consecuencia jurídica de la ineficacia implica que el traslado no acaeció, por lo cual se mantiene sin solución de continuidad la afiliación ante COLPENSIONES, quien, por tal razón, es quien tiene a su cargo las prestaciones económicas que se deriven del sistema.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, contrario a lo aducido por PORVENIR S.A. en su alzada, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión, sin que tal situación contradiga lo estipulado en el artículo 113 de Ley 100 de 1993, literal b), como

lo quiere hacer ver el fondo privado, situaciones todas, que de modo alguno pueden entenderse como un enriquecimiento sin causa a favor del fondo receptor.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR a favor de la activa.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **10 2014 00274 01**
Demandante:	ROBERT PINZON AMAYA y SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ
Demandados:	CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores ROBERT PINZON AMAYA y SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ y BOGOTÁ D.C.- SECRETARIA DE MOVILIDAD - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV, con la finalidad que se declare que las sociedades de derecho privado convocadas a juicio integran el CONSORCIO LUZ, el cual fue empleador de los demandantes ROBERT PINZON AMAYA y SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ del 16 de marzo hasta el 15 de mayo de 2012 y del 22 de marzo de 2011 hasta el 15 de mayo de 2012, respectivamente; asimismo, que la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO

VIAL debe responder solidariamente por las acreencias laborales adeudadas a los accionantes al ser beneficiaria de los servicios prestados.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretenden que se condene a las sociedades que integran el CONSORCIO LUZ, a pagar al demandante ROBERT PINZON AMAYA las prestaciones sociales y las vacaciones causadas del 16 de marzo hasta el 15 de mayo de 2012; y en el caso del demandante SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ se ordene el pago de las prestaciones sociales del 1º de enero al 15 de mayo de 2012 y las vacaciones del 22 de marzo de 2011 al 15 de mayo de 2012, en las sumas que reseñan en el libelo genitor. De otra parte, solicitan se condene a pagar la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., junto con las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, indicaron que el demandante ROBERT PINZON AMAYA estuvo vinculado con el Consorcio accionado del 16 de marzo de 2012 hasta el 15 de mayo de 2012, desempeñando el cargo de Conductor de Doble Troque en esta ciudad, actividad relacionada con la reparación, ampliación y mantenimiento de la malla vial de la ciudad de Bogotá. Relató que los vehículos con los que realizaba su labor eran suministrados por el CONSORCIO LUZ y que prestaba sus servicios de manera personal, cumpliendo un horario y que ante su incumplimiento recibía llamados de atención; además, expuso que las instrucciones para realizar su labor eran emitidas por los representantes del CONSORCIO LUZ, sucediendo lo mismo con la demandada UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.

Refirió que su remuneración promedio mensual fue de $759.000, y que a la terminación de la relación laboral no le fueron pagadas las prestaciones sociales y las vacaciones causadas en vigencia del contrato de trabajo, además, que no fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales; que efectuó reclamación ante la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y que conminó al Consorcio para que pagara los emolumentos adeudados.

Entre tanto, el demandante SEGUNDO FIDELIGNO HAMÓN SAEZ adujo que fue contratado por el CONSORCIO LUZ el 22 de marzo de 2011, relación que se mantuvo hasta el 15 de mayo de 2012, desempeñando el cargo de Oficial de Obra en la ciudad de Bogotá, actividad relacionada con la reparación, ampliación y mantenimiento de la malla vial de la ciudad. Sostuvo que prestó sus servicios de manera personal, cumpliendo un horario y ante el incumplimiento de este, recibía llamados de atención. De la misma forma, indicó que las instrucciones para realizar su labor eran emitidas por los representantes del CONSORCIO LUZ, ocurriendo lo mismo con la demandada UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.

Sostuvo que su remuneración mensual fue de $759.000, y que al finiquito del contrato no le fueron pagadas las prestaciones sociales causadas del 1º de enero al 15 de mayo de 2012, y las vacaciones del 22 de marzo de 2011 al 15 de mayo de 2012. De la misma forma, adujo que no fue afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, y que efectuó reclamación ante la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y conminó al Consorcio para que pagara las acreencias adeudadas.

Se indicaron como hechos comunes para ambos accionantes, que las encartadas CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. conformaron el CONSORCIO LUZ, el cual suscribió el 10 de marzo de 2011 el contrato No. 113 con la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, entidad descentralizada del orden distrital, adscrita a la Secretaría de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., que el Consorcio fue contratado por la referida Unidad para ejecutar las obras de mantenimiento vial de la ciudad de Bogotá, lo cual es función de esa entidad, la que a su vez era beneficiaria de los servicios prestados por los demandantes (Fls. 21 a 34 y 38 a 51 archivo 09).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV, contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en su contra, entre ellas, la relacionada con la solidaridad deprecada por el extremo activo, toda vez que el contrato celebrado con el Consorcio demandado no fue un contrato de obra, sino que se trató un contrato de suministro de personal, y además la entidad no es la beneficiaria de la obra, pues es

la comunidad quien la utiliza, a lo que se suma que el objeto de la Unidad no es el suministro de personal, luego, la labor contratada no es conexa con su actividad principal. De otra parte, señaló que no fungió como patrono o nominador de los demandantes.

Propuso como excepciones previas las de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y la de prescripción y falta de agotamiento de la reclamación administrativa, falta de competencia y pago de prestaciones sociales, e inexistencia del demandante ROBERTO PINZÓN AMAYA ya que en la demanda se dijo que era ROBERT PINZÓN AMAYA. (Fl. 82 a 103 archivo 09). Desistiendo de las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y falta de agotamiento de la reclamación administrativa, en audiencia de 7 de octubre de 2019, en la que igualmente solicitó que la excepción previa de prescripción se estudiara de fondo.

Formuló como excepciones de mérito las de falta de reclamación administrativa, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe del demandante, la genérica y pago de prestaciones sociales. (Fls. 104 a 134 archivo 09).

Por su parte, el curador *ad-litem* de la enjuiciada CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA., al contestar la demanda indicó que se atenía a lo que resultare probado frente a las pretensiones de la demanda, al carecer de comunicación con la parte que representa. Propuso como excepción la genérica. (Fls. 385 a 388 archivo 09).

La demandada ASFALTOS LA HERRERA LTDA., se opuso a las pretensiones del escrito inaugural, en tanto la obligación frente a los demandantes es inexistente, además está prescrita y no se hicieron parte en el proceso de insolvencia que está por finalizar. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, e imposibilidad de exigir obligaciones cuando no se hizo parte dentro del trámite previsto en la Ley 1126 de 2006. (Fls. 435 a 436 archivo 10).

En auto de 15 de mayo de 2015 en el que se tuvo por contestada la demanda por parte de la UAERMV, se aceptó el llamamiento en garantía efectuado a la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, y a los socios de la demandada CORTÁZAR Y

GUTIERREZ LTDA., señores a MAURICIO CARDOSO CORCHUELO y CAMILO GUTIERREZ PRIETO (Fls. 202 a 203 archivo 09).

A su turno, la llamada en garantía la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, se opuso a las pretensiones de la demanda principal, ya que entre la demandada UAERMV y la activa no existió relación laboral alguna; por ende, no está obligada a pagarles salarios ni prestaciones sociales, además, no se cumplen los requisitos de ley para predicar solidaridad respecto de la mencionada Unidad y el Consorcio demandado.

Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la UAERMV, ausencia de relación laboral entre la parte actora y la UAERMV -cláusula de indemnidad a cargo del contratista-, inexistencia de la obligación, ausencia de solidaridad -inexistencia de los elementos para que opere la solidaridad establecida en el artículo 34 del C.S.T. entre la UAERMV y el CONSORCIO LUZ-, ausencia de obligación, prescripción, buena fe y la genérica.

En cuanto al llamamiento en garantía, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de condena elevadas en su contra. Sin embargo, precisó que en caso de emitirse condena de forma solidaria frente a la enjuiciada UAERMV, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, se deben verificar los términos del contrato de seguro para determinar los amparos, exclusiones y/o las prestaciones económicas a las que tiene derecho el asegurado.

Formuló como medios exceptivos de fondo los de inexistencia de la obligación en cabeza de esa aseguradora; ausencia de obligación - la sanción moratoria no hace parte de la cobertura del amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales; sujeción a los términos, condiciones y límites del seguro de cumplimiento póliza única a favor de las entidades estatales No. 3000996; buena fe y la genérica. (Fls. 256 a 278 archivo 09).

A través de proveído de 24 de noviembre de 2015, se tuvo por contestada la demanda por parte de la llamada en garantía la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, igualmente se aceptó el desistimiento efectuado a los demás llamados en garantía, esto es, de MAURICIO CARDOSO CORCHUELO, CAMILO GUTIERREZ

PRIETO y JOSÉ DEL CARMEN CORTAZAR MORA, este último de quien inicialmente también se había pedido su llamamiento. (Fls. 299 a 300 archivo 09).

1.4 REFORMA DE LA DEMANDA:

Por auto de 15 de mayo de 2019 se admitió la reforma a la demanda presentada por el extremo activo, en cuanto a los hechos, pretensiones y pruebas del escrito inaugural (Fl. 468 archivo 10).

En esa medida, se encuentra que los señores ROBERT PINZON AMAYA y SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ, impetraron demanda ordinaria laboral en contra de CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ y BOGOTÁ D.C.- SECRETARIA DE MOVILIDAD - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV, con la finalidad que se declare que la UAERMV fue su empleador del 16 de marzo hasta el 15 de mayo de 2012 y del 22 de marzo de 2011 hasta el 15 de mayo de 2012, respectivamente; y que las sociedades que integran el CONSORCIO LUZ deben responder solidariamente por las acreencias laborales que se les adeudan al haber fungido como intermediarios de la actividad prestada.

En subsidio, solicitan se declare que el CONSORCIO LUZ fue el empleador de los demandantes en los periodos antes referidos y que la UAERMV debe responder por las acreencias labores que se les adeudan en ese mismo lapso, en tanto, fue beneficiaria de los servicios que prestaron; además, que las sociedades que integran el CONSORCIO LUZ deben responder solidariamente por los emolumentos adeudados.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene solidariamente a las sociedades que integran el CONSORCIO LUZ y a la UAERMV, a pagar al demandante ROBERT PINZON AMAYA las prestaciones sociales y las vacaciones causadas del 16 de marzo hasta el 15 de mayo de 2012. Por su parte, el demandante SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ solicita se condene a pagar de las prestaciones sociales del 1º de enero al 15 de mayo de 2012 y las vacaciones del 22 de marzo de 2011 al 15 de mayo de 2012, en las sumas que reseñan en el escrito de reforma. Además, al unísono solicitan se condene al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., junto con las costas procesales (Fls. 390 a 408 archivo 10).

1.5 SUPUESTOS FÁCTICOS DE LA REFORMA:

Además de los hechos narrados en el escrito inaugural, indicaron los promotores en la reforma a la demanda que el CONSORCIO LUZ fue contratado por la UAERMV para ejecutar obras de mantenimiento vial en la ciudad de Bogotá, por lo que fueron vinculados por el referido Consorcio para la ejecución de tal contrato. Igualmente, señalaron que el cargo que desempeñaron como conductor de doble troque y oficial de obra, estaban relacionadas con el mantenimiento de la malla vial de esta ciudad.

Asimismo, narraron que ante el incumplimiento del horario laboral recibían llamados de atención, tanto de los representantes del CONSORICIO LUZ como de la UAERMV y que la infraestructura para la ejecución de la labor era suministrada por el Consorcio y eventualmente por la Unidad, sucediendo lo mismo con los elementos de trabajo. Además, que la logística para el desarrollo de las actividades era organizada por el Consorcio y también por la UAERMV; por último, refirieron que efectuaron un requerimiento a la Unidad para el pago de sus acreencias laborales, ante lo cual la entidad mencionó en su respuesta un acto administrativo que ordena el pago de los anteriores emolumentos.

1.6 CONTESTACIÓN A LA REFORMA A LA DEMANDA:

La demandada la ASFALTOS LA HERRERA LTDA., se opuso a las pretensiones de la reforma de la demanda, y propuso como excepciones de mérito las de improcedencia de iniciar un proceso judicial, inexistencia de la obligación, prescripción y caducidad de la obligación, imposibilidad de exigir obligaciones cuando no se hizo parte dentro del trámite previsto en la Ley 1116 de 2006, no procedencia de la sanción moratoria por ausencia de mala fe. (Fls. 471 a 474 y 537 a 540 archivo 10).

A su vez, la enjuiciada UAERMV contestó la reforma de la demanda, con oposición a las pretensiones allí planteadas, aduciendo que no fue el empleador de los demandantes, además no se cumplen los presupuestos del artículo 23 del C.S.T., máxime cuando en los hechos de la demanda son claros en referir que la contratación laboral fue realizada por el Consorcio encartado, quienes a través de sus empleados coordinaban al personal. De ahí, que las sociedades llamadas a juicio

no hayan fungido como intermediarios, sino como verdaderos empleadores de los actores, por ende, son quienes deben sufragar las acreencias que aquí se reclaman.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación a cargo de la UAERMV, cobro de lo no debido y la genérica (Fls. 543 a 551 archivo 10).

A su turno, la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS se opusieron a las pretensiones de la reforma, ya que la UAERMV no mantuvo relación laboral con los accionantes, por lo que no está obligada a pagar las acreencias adeudadas, y tampoco se cumplen con los presupuestos de la solidaridad. Por último, precisó que las obligaciones a su cargo se encuentran limitadas a los términos del contrato de seguro.

Planteó como excepciones de fondo, los de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la UAERMV, inexistencia de la relación laboral entre los demandantes y la UAERMV, ausencia de solidaridad – inexistencia de los elementos para que opere la solidaridad establecida en el artículo 34 del C.S.T. entre la UAERMV y el CONSORCIO LUZ- ausencia de obligación, inexistencia de la solidaridad y de la obligación de responder por la indemnización moratoria- la conducta de la UAERMV ha sido de buena fe, pago de las acreencias laborales reclamadas por los demandantes en virtud de su vinculación laboral con el CONSORCIO LUZ – extinción total o parcial de las obligaciones, prescripción de las obligaciones tendientes a reclamar las acreencias laborales que eventualmente se le quedaran debiendo a los demandantes, buena fe y la genérica (Fls. 564 a 594 archivo 10).

En audiencia celebrada el 15 de octubre de 2021, en la etapa de saneamiento, se dio por no contestada la reforma a la demanda a la encartada CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. (Archivo 40).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de febrero de 2022, declaró que el CONSORCIO LUZ estaba conformado por las empresas CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, y mediante ese Consorcio suscribieron el contrato No. 113 del 10 de

marzo de 2011 con la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL. Igualmente, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación a cargo de la UAERMV respecto de las pretensiones principales de la demanda, por lo que absolvió al extremo pasivo de las pretensiones principales de la demanda.

De otra parte, declaró que entre el demandante ROBERT PINZÓN AMAYA y el Consorcio, existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, en virtud del cual desempeñó el cargo de conductor de doble troque del 16 de marzo 2012 al 15 de mayo de 2012, devengando un salario básico de $759.000.

A su vez, declaró que entre el accionante SEGUNDO FIDELIGNO HAMÓN SÁNZ y el Consorcio, existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, desempeñando el cargo de oficial de obra entre el 22 de marzo 2011 y el 15 de mayo de 2012, devengando como salario $759.000 y que las sociedades demandadas son responsables de las obligaciones laborales contraídas con los demandantes.

Declaró probada la excepción de prescripción propuesta por ASFALTOS LA HERRERA S.AS. EN LIQUIDACIÓN, en favor de esa accionada y de CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., por su condición de litisconsortes necesarios, como empresas conformantes del CONSORCIO LUZ. En consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones principales y subsidiarias impetradas por los demandantes. Igualmente, declaró probada la excepción formulada por PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., de inexistencia de la relación laboral entre los demandantes y la UAERMV, absolviendo en consecuencia a esa aseguradora y condenando en costas a los demandantes.

Para arribar a esa conclusión, y después de efectuar un relato *in extenso* de los hechos y pretensiones de la demanda principal, su reforma y las contestaciones de las mismas; memoró que en audiencia de 7 octubre 2019 aceptó el desistimiento presentado por la UAERMV respecto a las excepciones previas que propuso de ineptitud de la demanda y falta de agotamiento de la reclamación administrativa, sin embargo, adujo que en el expediente obra el documento adiado el 3 de septiembre del año 2013 dirigido al demandante ROBERT PINZÓN, en tal sentido en cuanto al accionante SEGUNDO HAMÓN, mencionó que existe reclamación de 9 de

junio del año 2014, solicitando el pago de salarios y prestaciones sociales, cumpliendo así con el requisito previsto en el artículo 6º del C.P.T. y de la S.S.

De otra parte, expuso que al contraerse el asunto a los términos en que quedó la reforma de la demanda, el problema jurídico a resolver se circunscribía a determinar: i) si entre los demandantes y la UAERMV existió un contrato de trabajo; ii) en caso afirmativo, si las sociedades de derecho privado convocadas a juicio son solidariamente responsables por las obligaciones adeudadas por el empleador al existir intermediación laboral. De no prosperar las anteriores súplicas, ahondaría en las pretensiones subsidiarias, que deprecan la existencia de un contrato laboral entre los actores y las empresas que conforman el CONSORCIO LUZ, y si la Unidad es solidariamente responsable por los emolumentos adeudados de conformidad con lo normado en el artículo 34 del C.S.T. Por último, indicó que abordaría lo pertinente a la llamada en garantía en caso de emitirse condenas en contra de la UAERMV.

Como marco jurídico del problema a resolver, cito los artículos 23, 34, 65, 488, 489 del CST y 151 del CPT y de la SS, al igual que la Ley 1106 de 2006, los artículos 205 del CGP, los artículos 90 y 91 C.P.C.

Refirió que en el proceso se aceptó que las empresas ASFALTOS LA HERRERA S.AS. y CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., conformaron el CONSORCIO LUZ, el cual celebró el contrato No. 113 el 10 de marzo de 2011, con la UAERMV, ente descentralizado adscrito a la SECRETARIA DE MOVILIDAD de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. Además, que el Consorcio fue contratado por la UAERMV para ejecutar las obras de mantenimiento vial de la ciudad; asimismo se aceptaron los extremos de la relación laboral de los demandantes, el salario y los cargos que desempeñaron, y el hecho referente a que la UAERMV respondió el requerimiento realizado por la activa.

En esa medida, a fin de verificar si existió un vínculo de índole laboral entre los demandantes y la UAERMV en los periodos que se indican en la demanda, hizo alusión a la cláusula primera del contrato No. 113 del 10 de marzo de 2011, suscrito entre las sociedades que conforman el Consorcio demandado con la UAERMV, el cual señala que el objeto del contrato era la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarias por parte del contratista para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad, a cargo de la Unidad y las actividades requeridas en la

sede operativa de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones y los apéndices de la propuesta presentada.

Seguidamente, al memorar las declaraciones vertidas en el trámite procesal por el liquidador de la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., los demandantes y el testigo JAIR SAAVEDRA GORDILLO, concluyó que los gestores fueron contratados por el Consorcio, además refirió la falladora de instancia que los actores no precisaron aspectos como el nombre de sus jefes inmediatos, por el contrario el testigo fue contundente en referir que el jefe del demandante SEGUNDO HAMON fue el ingeniero CARLOS MONTENEGRO quien hacía parte del CONSORCIO LUZ y organizaba el personal; de hecho, si bien es cierto el testigo al inicio de su declaración señaló que recibían órdenes de los inspectores de la Unidad, lo cierto es que tampoco especifican los nombres de aquellos y al finalizar su declaración refirió que cuando se presentaban inconvenientes, la Unidad los comunicaba al señor CARLOS MONTENEGRO, quien se encargaba de hacer los llamados de atención.

Igualmente, el testigo mencionó que estaban afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social y que el CONSORCIO LUZ pagaba los aportes, igualmente entregaba la dotación la cual tenía un logotipo que decía el nombre de contrato y el consorcio, desvirtuándose así el dicho de los demandantes en cuanto a que la dotación era entregada por la Unidad con logos de la entidad, adicionalmente, refirió la juez de primer grado que en los hechos de la demanda y su reforma, los actores expusieron que recibían llamados de atención ante el incumplimiento del horario laboral por parte de los representantes del CONSORCIO, lo que se acompasa con lo expuesto por el testigo, sucediendo lo mismo frente al suministro de infraestructura y los elementos para la ejecución de la obra, de los que se dijo que eran proporcionados por el CONSORCIO LUZ y de manera eventual por la Unidad.

En esa medida determinó, que desde la misma demanda se indicó que el CONSORCIO LUZ estaba integrado por las sociedades llamadas a juicio, quienes suministraban toda la infraestructura y los elementos de trabajo para la ejecución de las labores por parte de los actores, lo que sucedía de manera eventual con la UAERMV, sin detallar en qué casos ocurría esa entrega, además que para cumplir el objeto del contrato 113 del año 2011, el CONSORCIO LUZ celebró contratos de trabajo con los demandantes para dar cumplimiento a ese acuerdo, sin que se haya

establecido en el trámite procesal una prestación de servicios de manera directa por parte de los demandantes a la citada Unidad.

Adujo que si bien las obras de mantenimiento vial, son actividades a cargo de la Unidad, no se demostró una prestación del servicio por parte de los demandantes de manera subordinada respecto de la UAERMV, pues el Consorcio era el que daba órdenes, pagaba salarios, aportes a seguridad social, y además suministraba los elementos de trabajo, desvirtuando así la existencia del contrato de trabajo deprecado por los demandantes con la Unidad.

Seguidamente, al analizar las pretensiones subsidiarias y en consonancia con las anteriores consideraciones, indicó que se logró determinar que los demandantes fueron contratados por el CONSORCIO LUZ, el cual expidió certificaciones laborales que fueron allegadas por la parte demandante al trámite, de las que se colige que el demandante SEGUNDO HAMON laboró con el Consorcio mediante contrato por duración de la obra o labor del 22 de marzo 2011 al 15 de mayo de 2012, como oficial de obra, devengando como salario $759.000, para ejecutar el contrato 113 de 2011 que celebró el Consorcio y la UAERMV, el que por demás relató en el interrogatorio de parte que quien pagaba su salario era ASFALTOS LA HERRERA, sociedad que hacía parte del Consorcio demandado. En el caso del señor ROBERT PINZÓN AMAYA, el citado documento da cuenta que la relación laboral con el Consorcio se dio bajo las mismas condiciones, del 16 de marzo al 15 de mayo 2012, en el que desempeñó el cargo de conductor de doble troque.

En otro giro, expuso la *a-quo* que en el plenario no obra prueba que permita concluir que se le pagaron a los demandantes las acreencias laborales que reclaman, pues solo obra un acta de liquidación en donde se relacionan los trabajadores del Consorcio, sin que los demandantes obren en dicho listado, como tampoco obra ningún registro de pago, en consecuencia, para el caso del demandante ROBERT PINZÓN AMAYA, determinó que se le adeudan por concepto de cesantías de $126.500, intereses a las cesantías de $2.530, prima de servicios $126.500 y vacaciones de $63.250. En el caso del actor SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ, por cesantías $284.625, intereses a las cesantías de $2.808, prima de servicios por $184.627 y vacaciones por todo el tiempo laborado por $436.425.

Frente al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T., señaló que las dos empresas que conforman el Consorcio no demostraron un actuar provisto de buena fe, frente a la mora en el pago de las prestaciones adeudadas a los demandantes, además se demostró que existió una declaratoria de incumplimiento del contrato No. 113 de 2011 por parte del Consorcio, motivos por los que impuso la mencionada sanción a razón de un día de salario por cada día de mora, en suma de $25.300 a partir del 15 de mayo 2012 y hasta el 15 de mayo del año 2014, y a partir de esa fecha los intereses moratorios a la tasa más alta certificados por la Superintendencia Financiera.

Acorde con lo expuesto, si bien determinó la procedencia de los mencionados derechos a favor del extremo activo, advirtió que la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A., propuso la excepción de prescripción; por tanto, trajo a colación el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, que regula lo atinente a la existencia de los consorcios, el artículo 2540 del C.C. que establece los efectos de la interrupción respecto a codeudores y coacreedores. De otra parte, recordó que la presente acción data del año 2014, esto es, cuando aún estaba vigente el C.P.C., el cual debía aplicarse hasta la primera audiencia, precepto normativo que regulaba en su artículo 83 la figura del litisconsorcio necesario, de modo tal que la excepción de prescripción propuesta por ASFALTOS LA HERRERA, también favorece a la demandada CORTÁZAR Y GUTIERREZ S.A.S. EN LIQUIDACIÓN.

Luego, al analizar si se produjo tal fenómeno se remitió a los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S., 488 y 489 del C.S.T., y 90 del C.P.C., concluyendo que al finalizar la relación laboral de los demandantes el 15 de mayo de 2012, no se encuentra que los promotores hayan elevado reclamación alguna a las sociedades demandadas. Además, al ser radicada la demanda el 4 de mayo de 2014 (Fl. 35) y ser admitida en auto de 6 de octubre de 2014, el que fue notificado por estado del día 9 del mismo mes y año, evidenció luego de realizar un recuento de las diferentes gestiones que se llevaron a cabo por parte de la activa a fin de notificar a las sociedades que conformaban el consorcio, que había transcurrido más de un año desde la notificación del admisorio hasta la notificación de las referidas demandadas del auto que admitió la demanda, conforme lo reglado en el artículo 94 C.G.P., por lo que declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demanda ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., la que a su vez benefició a la demandada CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA., al presentarse el fenómeno de la prescripción de los derechos y

de las acciones derivadas de las leyes laborales; en tanto se declara esta excepción y absolvió a las demandadas del pago de los derechos determinados en la sentencia.

En otro giro, adujo que al reclamarse de manera subsidiaria que la UAERMV era responsable solidaria por el pago de las acreencias que debían ser reconocidas por el empleador el CONSORCIO LUZ, expuso que, al no existir obligación dada la prescripción en cabeza de las sociedades ya referidas, no había lugar a estudiar la solidaridad deprecada como beneficiaria de la obra de acuerdo a lo regulado en el artículo 34 C.S.T.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de la *a-quo* la parte demandante la apeló. Al respecto, adujo que los demandantes en su declaración fueron concretos en determinar que recibían órdenes por parte de los representantes de la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, así como que las funciones eran desarrolladas a favor de esa entidad con la maquinaria y los elementos de trabajo que proporcionaba, lo que corroboró el testigo JAIR SAAVEDRA, por lo en aplicación del principio de la primacía de la realidad, se debe determinar que el verdadero empleador fue la UAERMV y no el CONSORCIO LUZ como lo estableció el juzgado primigenio, en tanto solo actuó como un simple intermediario, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 34 del C.S.T.

De otra parte, sostuvieron que si bien la juez de primer grado encontró demostrada la existencia de la relación laboral de los accionantes, los extremos, el cargo y el salario, lo que conlleva a una serie de obligaciones a cargo del empleador, como son el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, siendo procedente ante su impago, la condena por sanción moratoria, la que según sentencia C-789 de 2013, debe correr hasta que se paguen las acreencias adeudadas, con independencia del salario devengado, siempre que se haya instaurado la demanda dentro los 24 meses siguientes a la finalización del vínculo laboral.

De otra parte, solicitan los impugnantes que en el evento que se confirme que el Consorcio fungió como verdadero empleador, la Unidad de conformidad con el artículo 34 del C.S.T., al ser beneficiaria de la labor ejecutada por estos, debe

responder solidariamente por los emolumentos que se les adeudan, máxime cuando la actividad de los trabajadores guarda relación con la de esa entidad.

Frente a la conclusión de la *a-quo,* referente a que los integrantes del CONSORCIO LUZ son litisconsortes necesarios, adujo que esta figura se presenta cuando la Ley, la convención o el testamento lo establecen, al ser imposible tomar una decisión sin contar con la concurrencia de ciertas personas que de manera directa o indirecta resultarían afectadas. Por lo que la solidaridad no implica necesariamente involucrar a todos los deudores dentro de la demanda, ya que entre ellos se puede producir la respectiva acción de repetición.

En esa medida, los deudores solidarios no constituyen un litisconsorte necesario, ya que se puede proferir una decisión sin la presencia de estos, de manera tal, que al tenor de los dispuesto en el artículo 60 del C.G.P., lo que se presenta en el Consorcio es un litisconsorcio facultativo, el que permite que los litisconsortes se consideren en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados, y los actos de cada uno de ellos no redunda en provecho ni en perjuicio de los otros.

Así las cosas, las notificaciones deben tomarse de manera independiente, ya que esa situación no puede afectar o beneficiar a uno u otro; sin embargo, para el efecto de la prescripción resaltó que en el plenario reposa un requerimiento del 15 de mayo del 2015 realizado a la sociedad CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA. y al CONSORCIO LUZ, del cual se tiene el sello de la dirección donde funcionaban las oficinas de la entidad. En consecuencia, antes del vencimiento del término de prescripción se interrumpió el término, y de acuerdo con el acta de notificación realizada al curador el 21 de febrero del 2017 que se le había designado a ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA., la misma se hizo dentro de los tres (3) años siguientes.

De otra parte, expuso que la prescripción no debe afectar al trabajador cuando se han realizado actos tendientes a la notificación de la contraparte, y se presentan situaciones atribuibles al Juzgado o al curador, según se dijo en la sentencia SL 8716 del 2014 del 2 de julio de 2014, con Radicado 38010 y en sentencia SL 1533 del 2 de mayo 2018, máxime cuando se dispuso que el curador asumiera la defensa de las dos sociedades demandadas, el que contesto en el término por ambas; sin embargo,

la demandada ASFALTOS LA HERRERA a su conveniencia se hizo parte en el proceso con posterioridad, debiendo operar la contumacia.

Itero, que se probó la mala fe de los demandados, pues a la fecha aún adeudan saldos a los trabajadores, además quedó demostrado que la Unidad utilizó la intermediación laboral de manera fraudulenta, transgrediendo los presupuestos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en consecuencia, adicionalmente permitió que el CONSORCIO LUZ se apropiara de dineros destinadas al pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar en primer lugar, si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre la parte actora y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL; en caso afirmativo se analizará lo atinente a la solidaridad de las sociedades CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ, y la prosperidad de las condenas deprecadas de forma principal.

En caso de no prosperar las anteriores suplicas, se abordará el estudio de las pretensiones elevadas de forma subsidiaria, por ende, se deberá establecer ante la existencia del contrato de trabajo entre los demandantes y las sociedades CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ, lo atinente a la solidaridad de la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, y la viabilidad de las condenas solicitas de forma subsidiaria, así como lo que hace relación a la excepción de prescripción.

c. De la Relación Laboral:

Inicialmente se debe acotar que por activa se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo como medio de vinculación entre los demandantes y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, y no con el CONSORCIO LUZ, como lo estableció la falladora de instancia.

Para el efecto, resulta menester precisar que, en virtud del principio de la realidad, los actores pretenden el reconocimiento del contrato de trabajo con la entidad oficia, por ende, les sería aplicable el régimen legal de los trabajadores oficiales. Así las cosas, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, consagra que "*para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y c) El salario como retribución del servicio".*

A su vez el artículo 3º *ejusdem*, estipula que *"una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera*".

Ahora bien, respecto de la aplicación del principio de primacía de la realidad, en tratándose de trabajadores oficiales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5090-2020, Radicación No. 78924 del 2 de diciembre de 2020, señaló:

> *"En torno a este punto, por elemental que parezca, la Sala considera preciso recordar que nuestro ordenamiento jurídico está cimentado en el reconocimiento y la protección del trabajo realizado por las personas subordinadas en beneficio de otras, independientemente de la fórmula o modalidad contractual que se utilice por las partes o de las maniobras tendientes a desconocer sus especiales garantías, como lo afirma la censura y no lo desconoció el Tribunal, en cumplimiento de normas como el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 3 del Decreto 2127 de 1945, entre otras.*

"Sin embargo, en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los trabajadores particulares, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los trabajadores oficiales, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los empleados públicos, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.

"En todos los casos se trata de relaciones de trabajo subordinado, pero que tienen diferencias sustanciales de regulación y de juzgamiento, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, pues, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la jurisdicción ordinaria laboral, solo le es posible conocer de los conflictos derivados de un contrato de trabajo, es decir, de las relaciones propias de los trabajadores particulares y de los trabajadores oficiales, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le es atribuido el conocimiento de los conflictos correspondientes a los empleados públicos".

Acorde con lo expuesto, y al descender al *sub-examine* procede esta Colegiatura a verificar si la falladora de instancia erró al determinar que los demandantes sostuvieron una relación laboral con el CONSORCIO LUZ conformado por las empresas CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y no con la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- UAERMV.

Al respecto, se advierte que no es objeto de controversia en esta instancia que el mencionado CONSORCIO LUZ está conformado por las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., y que suscribió con la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UMV el contrato de obra civil No. 113 de 10 de marzo de 2011, cuyo objeto era la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarios para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la unidad y actividades requeridas en las sedes operativas de la Unidad, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, los apéndices y la propuesta presentada; situaciones establecidas por la Juez de instancia y que además se corroboran con las documentales que reposan en el plenario a folios 15 a 20 - archivo 09.

Ahora bien, a efecto de desatar el problema jurídico planteado se allegaron certificaciones expedidas el 18 de mayo de 2012 y el 24 de enero de 2013 por el citado Consorcio (Fls. 5 y 8 – archivo 09), las cuales están suscritas por la señora jefe de personal, LINA ANDREA GUZMÁN, en las que certifica que los demandantes laboraron con la empresa CONSORCIO LUZ, mediante contratos de trabajo por la duración de la obra o labor determinada con el contrato 113 de 2011 suscrito con la Unidad, como a continuación se detalla:

i. ROBERT PINZÓN AMAYA desde el 16 de marzo de 2012 hasta el 15 de mayo de 2012, desempeñando el cargo de conductor de doble troque y devengando un salario de $759.000 más auxilio de transporte y horas extras.
ii. SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ desde el 22 de marzo de 2011 hasta el 15 de mayo de 2012, desempeñando el cargo de oficial de obra y devengando un salario de $759.000 más auxilio de transporte y horas extras.

De la misma forma, se recepcionó el interrogatorio de parte del liquidador de ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., señor JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS, quien sostuvo al referirse a la existencia de información de los trabajadores y pagos a seguridad social, que el anterior liquidador en la diligencia de embargo y secuestro que llevó a cabo con funcionarios de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, encontraron una bodega inundada que no tenía documentación que diera cuenta de esos aspectos.

Por su parte, el demandante ROBERT PINZÓN AMAYA, indicó que fue contratado por el CONSORCIO LUZ, a través de un contrato a término indefinido como conductor de volqueta doble troque, que usaba uniforme con el logo de la Unidad y que las máquinas que operaba, así como sus superiores, pertenecían a esa entidad. Más adelante dijo que uno de sus jefes se llamaba EFRAÍN ACERO, el cual era un ingeniero civil que tenía su oficina en la Unidad.

Dijo no recordar el nombre de otros dos jefes de la época, pero que eran de Mantenimiento Vial; además, expuso que las certificaciones laborales, el pago de su salario y la seguridad social lo hacía ese ente, y que contaba con comprobantes de nómina y certificados bancarios, los cuales estaban en poder de su apoderado.

Igualmente, adujo que las máquinas que manejaba eran de Mantenimiento Vial, lo que se podía determinar por las placas, además tenían logos de la entidad.

A su turno el demandante SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ, en su declaración expuso que fue contratado por ASFALTOS LA HERRERA, para prestar sus servicios a la Unidad a través de un contrato a término indefinido; que su cargo fue como operario y jefe del personal de mantenimiento, operando máquinas de propiedad de esa entidad. Que su jefe inmediato era un señor de nombre HUGO sin recordar el apellido, quien era funcionario de la Unidad.

Relató que sus salarios eran sufragados por ASFALTOS LA HERRERA y que la Unidad a su vez le pagaba a esa sociedad; que la dotación se la entregaba ASFALTOS LA HERRERA y que recibió dos llamados de atención por parte de empleados de la Unidad.

Entre tanto, el testigo JAIR SAAVEDRA GORDILLO, dijo conocer a los demandantes por razones de trabajo; que laboró como operario de maquinaria desde marzo de 2011 a septiembre de 2012 para las sociedades que conforman el CONSORCIO LUZ, para el cual también laboraron los promotores del litigio; que el señor SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SÁEZ fue maestro de obra y tenía personal a cargo, pues era él quien dirigía las obras que se realizaban; asimismo, señaló que las personas a cargo de dicho actor también pertenecían al Consorcio; precisó que no tenía funciones relacionadas con mantenimiento de vehículos, pues lo que hacían era el arreglo de vías; que el salario de ambos demandantes era solucionado por el Consorcio, el que a su vez hacia los descuentos por concepto de seguridad social. Sobre el demandante ROBERT PINZÓN AMAYA, aseveró que era conductor.

De otra parte, expuso que el jefe inmediato por parte del CONSORCIO LUZ era el ingeniero CARLOS MONTENEGRO, quien organizaba el personal, pero que las órdenes las recibían de ingenieros de la Unidad, entre los que estaban NÉSTOR VÁZQUEZ, SANTIAGO GUERRERO, WILLIAM VERGEL y JOSÉ FONSECA y que sabe que eran de esa entidad por el carné.

Que los demandantes desarrollaban sus labores en diferentes puntos de la ciudad y en algunas obras coincidía con por espacio de una semana; además señaló que todos ingresaron en 2011 y salieron en 2012. Que las órdenes del personal de la Unidad

estaban relacionadas con el trabajo; en cuanto a los llamados de atención o cualquier inconveniente, relató que se hacían por conducto del ingeniero CARLOS MONTENEGRO, aseverando que no observó que los ingenieros de la Unidad les llamarán la atención a los demandantes.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte sin asomo a equivoco, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que los promotores de la litis estuvieron vinculados con el CONSORCIO LUZ el cual está conformado por las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., a través de sendos contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, el cual estaba supeditado a la duración de las labores contempladas en el contrato 113 de 2011 suscrito entre el mencionado Consorcio y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, tal como se colige de las referidas certificaciones laborales, los contratos de trabajo, las cartas de terminación de contrato y las respectivas liquidaciones que militan en el plenario (Fls. 5 y 8 - archivo 09 y 409, 552 a 563 - archivo 10).

Igualmente, que en el caso del demandante ROBERT PINZÓN AMAYA laboró como conductor de doble troque del 16 de marzo de 2012 hasta el 15 de mayo de 2012, devengando un salario de $759.000. En lo que respeta al accionante SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ, se observa que fungió como oficial de obra entre el 22 de marzo de 2011 y el 15 de mayo de 2012, percibiendo un salario de $759.000; aspectos que por demás fueron aceptados por los demandantes en las declaraciones que depusieron; pues si bien el actor SEGUNDO HAMON en su declaración solo hizo alusión a que fue contratado por ASFALTOS LA HERRERA, lo cierto es que el testigo JAIR SAAVEDRA GORDILLO fue conteste al señalar que tanto él, como los demandantes fueron contratados por el consorcio convocado a juicio, lo que también se corrobora con las documentales anteriormente referidas.

Nótese que el demandante ROBERT PINZÓN AMAYA, señaló que usaba uniforme con el logo de Obras Públicas o Mantenimiento Vial, situación que según los actores, era un indicador para determinar que los superiores de los cuales recibían órdenes pertenecían a la entidad, sin embargo, el testigo JAIR SAAVEDRA aseveró que la dotación era suministrada por el CONSORCIO LUZ, la cual tenía un logo que decía el nombre del contrato y del consorcio, y además que no recordaba al ingeniero

EFRAÍN ACERO, del cual dijo el citado demandante, que había sido su jefe en la Unidad.

Misma situación que aconteció con el demandante SEGUNDO FIDELIGNO HAMON, quien aseveró que el jefe del cual recibía órdenes se llamaba HUGO, sin recordar su apellido, quien portaba un carné que daba cuenta de su vinculación directa con la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, documento este último que no acredita *per se* el contrato alegado, conforme se ha dicho en sentencia SL9801-2015.

En cuanto al otro jefe del cual dijo recibir órdenes de nombre NÉSTOR VÁZQUEZ, el testigo JAIR SAAVEDRA, si bien lo mencionó como uno de los ingenieros de la Unidad, lo cierto es, que en su declaración dijo que no vio que los ingenieros de la Unidad le llamarán la atención a los demandantes, ni tampoco hizo mencionó que aquel le diera instrucciones al referido demandante; además relató el testigo que los pagos de salarios los realizaba el Consorcio, *a contrario sensu* a lo sostenido por el demandante ROBERT PINZÓN AMAYA, quien dijo que los pagos de salarios los hacía la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y que contaba con los respectivos comprobantes, los que brillaron por su ausencia en el trámite procesal.

De la misma forma, no se puede soslayar que el testigo fue categórico en señalar que el jefe inmediato por parte del CONSORCIO LUZ era el ingeniero CARLOS MONTENEGRO, quien organizaba el personal y si existía algún inconveniente entre los trabajadores y la Unidad, ellos lo manejaban con el referido ingeniero quien realizaba los llamados de atención.

Situaciones que resultan concordantes con la realidad procesal, pues no se encontró prueba irrefutable que diera cuenta de la emisión de órdenes atinentes al modo, tiempo o cantidad de trabajo que debían realizar los actores, o que se les haya impuesto algún reglamento por parte de la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL. Quedando, sin soporte el dicho de los accionantes, que su verdadero empleador fue la Unidad, pues tampoco fue posible establecer con certeza que interviniera en la contratación de personal que efectuó el Consorcio para dar cumplimiento al contrato No. 113 de 2011, ni se logró colegir que el Consorcio o de las sociedades que lo conformaban, fuesen simples intermediarios,

ya que como viene de verse no se estableció que los gestores recibieran órdenes de funcionarios de la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y que los elementos, maquinarias y demás implementos de trabajo que usaban para desempeñar sus funciones fueran de propiedad exclusiva de esa entidad.

Y si bien los accionantes fueron contratados para dar cumplimiento al citado contrato No. 113 de 2011 suscrito entre el Consorcio y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, el cual tenía como fin el desarrollo de actividades relacionadas con el objeto de la entidad, establecido en el Acuerdo 257 de 2006, modificado por el artículo 95 del Acuerdo 761 de 2020, que señala que debe programar y ejecutar *"las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial local, intermedia y rural; así como la atención inmediata de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones que dificulten la movilidad en el Distrito Capital"* (archivo 38).

Lo cierto es, que contrario a lo aducido por la parte actora en su alzada, no se demostró que el consorcio demandado y las empresas que lo conformaban hayan actuado durante la ejecución del contrato pactado con carencia total de una estructura productiva propia o que sus trabajadores estuviesen bajo subordinación de la entidad contratante, según las voces de la jurisprudencia traída a colación anteriormente, lo que *per se* conllevara a que fuese un simple intermediario; luego, si en gracia de discusión se hubiese encontrado que efectivamente los actores recibían instrucciones de parte de la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, ello tampoco configura de manera inmediata la existencia de una relación laboral, pues es posible efectuar una coordinación de actividades, tiempos y estándares entre las partes, para el desarrollo del objeto contractual como se entiende ocurrió con el Contrato 113 de 2011, según lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de esta jurisdicción.

Dicho de otra forma, no se acreditó que el CONSORCIO LUZ fungiera como un simple intermediario y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL como el verdadero empleador de los demandantes, de ahí, que tampoco sea posible endilgar la solidaridad en el pago de las acreencias adeudadas a los demandantes, a las sociedades que conforman el CONSORCIO LUZ, como se pretende de manera principal por parte del extremo activo, lo que compele la

confirmación de la decisión de la juez de primer grado, frente a la absolución de las pretensiones principales de la reforma a la demanda.

Acorde con lo anterior, y de conformidad con las razones antes referidas, es posible concluir como lo determinó la *a-quo,* de que el verdadero empleador de los demandantes fue el CONSORCIO LUZ el cual está conformado por las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, como se declaró en primera instancia y que esas sociedades son responsables solidarias de las obligaciones laborales contraídas con los demandantes, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de su decisión, además, que el salario devengado por los demandantes al 15 de mayo de 2012, ascendía a $759.000, suma superior al salario mínimo mensual legal vigente para esa anualidad. Aspectos estos, que no fueron objeto de inconformidad en esta instancia.

De hecho, huelga recordar que la juez de primer grado en la parte motiva de su decisión, determinó que a los accionantes se les adeudaban prestaciones sociales y vacaciones en los montos que refirió en la sentencia confutada; además, encontró procedente el pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, que fuera deprecada por los promotores, dado que las empresas que conforman el Consorcio no demostraron buena fe en su proceder, razón por la que señaló que la misma procedía a razón de un día de salario por cada día de mora, en suma de $25.300 a partir del 15 de mayo 2012 y hasta el 15 de mayo del año 2014, y a partir de ahí los intereses moratorios a la tasa más alta certificados por la Superintendencia Financiera.

Así las cosas, se procederá al estudio de los restantes puntos de apelación, bajo la égida de la existencia del contrato de trabajo, regido por las normas del C.S.T.

d. De la indemnización moratoria:

En punto de lo anterior, no se advierte yerro en la interpretación que efectuó la falladora de instancia, frente a la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T., como lo sostiene la activa en su alzada, pues la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2140-2019, Radicación No. 62567 de 8 de mayo de 2019, al abordar el alcance de la hermenéutica que se le debe dar a aludida norma, señaló:

"Acorde con la disposición transcrita, fácilmente se puede colegir, que la intención del legislador, no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé, para aquellos trabajadores que percibieran una asignación mensual superior al salario mínimo legal. Es así, como se determinó que dicha indemnización iría por un plazo máximo de veinticuatro (24) meses, y a partir del veinticincoavo mes, se pagarían únicamente intereses de mora sobre la suma que la genere.

"Adicionalmente en su parágrafo 2º, previó que lo anterior, no se aplicaría para los trabajadores que devengaran un salario mínimo, para quienes dicha indemnización seguiría operando en forma indefinida hasta el pago efectivo de las sumas que la generan, conforme al texto original del precepto 65.

"[…]

"Al respecto, conviene recordar lo dicho por la Sala en la sentencia CSJ SL2966-2018, en donde sostuvo:

"De esta manera, encuentra la Corte que el Tribunal, en el presente caso, sí cometió yerro, al imponer la sanción moratoria de un (1) día de salario por cada día de retardo, desde la terminación del vínculo laboral hasta el momento del pago efectivo de las obligaciones, por cuanto, en los términos de la jurisprudencia vigente, lo cierto es que al haber el demandante devengado una remuneración superior al salario mínimo legal, la sanción debía limitarse solo hasta por los primeros veinticuatro (24) meses y, posteriormente, a partir del mes veinticinco (25), corren los intereses moratorios a la máxima tasa vigente certificada por la Superintendencia Financiera hasta el momento del pago, sin que le hubiese sido dable al fallador dejar la indemnización, en un día de salario por cada día de retardo, de manera indefinida por el simple hecho de que la sentencia de primera instancia hubiese sido proferida dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del vínculo."

Bajo esa óptica, y dado que los actores devengaron como último salario una suma superior al salario mínimo mensual legal vigente para el año 2012, lo procedente era limitar el monto de la indemnización, como efectivamente lo hizo la *a-quo*, al haber sido presentada la demanda dentro de los 24 meses siguientes al finiquito de la relación laboral (Fl. 35 archivo 09), sin que sea viable imponer una condena de manera indefinida como lo aduce la parte actora en su apelación; sin embargo, esa sanción deberá pagarse en suma de $25.300 diarios a partir del 15 de mayo 2012 y hasta el 14 de mayo del año 2014, y no como lo adujo la falladora de primer grado que corría hasta el día 15 de ese mismo mes y año, pues a partir de ese día corren los intereses moratorios a la tasa más alta certificados por la Superintendencia Financiera.

e. De la Solidaridad de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL:

Solicitan los impugnantes que, en el evento de mantenerse la decisión de primer grado, esto es, que el verdadero empleador fue el CONSORCIO LUZ, se debe analizar la responsabilidad solidaria de la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL de acuerdo con lo reglado en el artículo 34 del C.S.T., al ser beneficiaria de la labor ejecutada, estudio que no realizó la falladora de instancia, aduciendo que al no existir obligación dada la prescripción que declaró en cabeza de los consorciados, no había lugar a analizar la solidaridad deprecada.

Así las cosas, el artículo 34 del C.S.T., establece que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, "*a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores*", solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

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

En esa medida, el órgano de cierre de esta especialidad ha sostenido en sentencia SL1863-2020, Radicación No. 77721 de 9 de junio de 2020, que para que opere la solidaridad del contratante respecto a su contratista, se deben acreditar dos requisitos: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por el contratista a favor del contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines.

La Alta Corporación al referirse al segundo de los presupuestos, es decir, al relacionado con afinidad de las actividades desarrolladas por el contratista a favor del contratante, sostuvo en sentencia SL 7789-2016:

"Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero, exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.

No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines."

(…)

Se impone traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en torno a que no basta simplemente, para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico. (Subrayado fuera de texto).

Así pues, si las actividades desplegadas por el contratista son ajenas a las del giro ordinario del contratante, palmario es que no surge la solidaridad que regula el artículo 34 del C.S.T.

Precisado lo anterior, al proceder con la verificación de los requisitos antes enunciados, se encuentra que el primero de ellos, es decir, ser beneficiario de la obra o del servicio contratado, se acreditó plenamente dado que se estableció que el consorcio accionado y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL suscribieron el contrato No. 113 de 2011 (Fls. 15 a 20 - archivo 09), además, que los demandantes estuvieron vinculados al CONSORCIO LUZ para prestar sus servicios como conductor de doble troque y oficial de obra para dicho contrato, conforme se indicó en las certificaciones laborales que se allegaron al plenario (Fls. 5 y 8 archivo 09).

Adicionalmente, el testigo JAIR SAAVEDRA quien fue compañero de trabajo de los actores, dijo que SEGUNDO FIDEDIGNO HAMON SAEZ, era maestro de obra y se encargaba de manejar todo lo que era el comienzo de una vía, el arreglo y la terminación de esta, en cuanto a ROBERT PINZON AMAYA, dijo que era conductor y manejaba una volqueta en la que llevaba el material, funciones que ambos ejercieron en esta ciudad, luego, es claro que la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL fue beneficiaria de los servicios prestados por los mencionados demandantes, encontrándose acredita el primero de los supuestos a que hace alusión el artículo 34 del C.S.T.

Frente al segundo de los requisitos, relacionado con que las actividades ejecutadas por el contratista a favor del contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales del último. Se hace imperioso traer a colación el objeto social de las sociedades que conforman el CONSORCIO LUZ; advirtiéndose que el de CORTAZAR y GUTIERREZ LTDA., señala que su objeto principal alude a las siguientes actividades (Fls. 10 a 11 vto.):

> *"1) Construcción de obras ingeniería, arquitectura de cualquier tipo, sean propias o de terceros. 2) prestación de servicios de consultoría, interventoría, diseños, estudios, etc, para cualquier actividad relacionada con la arquitectura o ingeniería (…) 4) Promoción contratación y ejecución de estudios en el campo de la ingeniería, arquitectura, urbanismo y ramas afines. 5) Ejecutar directamente o por consorcio cualquiera de las actividades anteriores. 6) Producir y comercializar mezclas asfálticas. 7) Elaboración de ensayos de laboratorio para suelos y pavimentos. 8) Celebrar y desarrollar todo tipo de actos, negocios, contratos o actividades relacionadas con la estructuración, planeación, gestión, diseño, construcción, operación o mantenimiento de proyectos de concesión de obras de infraestructura vial, de transporte o inmobiliarias, en general cualquier tipo de concesión relacionada con proyectos de infraestructura (…)".*

Entre tanto, el objeto social de ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. (Fls. 10 a 11 vto.), indica se dedica a la:

> *"A. Protección, exploración, explotación, beneficio y transformación, transporte y comercialización de materiales de construcción, materiales de arrastres, minerales afines y asociados. B. La construcción de obras civiles de ingeniería o arquitectura de cualquier tipo, sean propias o terceros. C. La prestación de servicios de consultoría, interventoría, diseño y estudios, para cualquier actividad relacionada con la arquitectura o la ingeniería (…). F. Ejecutar directamente o indirectamente por medio de consorcios, uniones temporales y cualquier otro medio permitido por la ley cualquiera de las actividades anteriores (…)"*

A su vez, el objeto social de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- conforme al artículo 109 del Acuerdo 257 del 2006, refiere que le corresponde:

> *"(…) programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial local; así como la atención inmediata de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital.*
>
> *"La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial tiene las siguientes funciones básicas:*

a. Programar y ejecutar los planes y proyectos de rehabilitación y mantenimiento de la malla vial local.

b. Suministrar la información para mantener actualizado el Sistema de Gestión de la Malla Vial del Distrito Capital, con toda la información de las acciones que se ejecuten.

c. Programar y ejecutar las acciones de mantenimiento y aquellas que sean necesarias para atender las situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en la red vial de la ciudad.

d. Atender la construcción y desarrollo de obras específicas que se requieran para complementar la acción de otros organismos y entidades como la Secretaría de Ambiente y el Fondo de Prevención y Atención de Emergencias - FOPAE o quienes hagan sus veces."

Ahora, el objeto del contrato No. 113 de 2011 suscrito entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UMV y las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., las cuales integran el CONSORCIO LUZ (Fls. 15 a 20 - archivo 09), tenía como fin la:

"ejecución de actividades operativas y administrativas complementarios para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la unidad y actividades requeridas en las sedes operativas de la UMV, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, los apéndices y la propuesta presentada."

De la anterior exposición, salta a la vista para esta Colegiatura la coincidencia en las actividades del contratista y del beneficiario de la obra en los términos exigidos por el artículo 34 del C.S.T., lo que fuerza a concluir, de acuerdo con los objetos anteriormente descritos de cada una de las enjuiciadas, que se relacionan o son conexos con la rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial, de manera que, las actividades realizadas por el CONSORCIO LUZ no son extrañas a las de las UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, a lo que se suma que las funciones para las cuales fueron contratados los accionantes estaban encaminadas a dar cumplimiento al contrato suscrito entre esas dos accionadas, por lo que la última es solidariamente responsable por las condenas impuestas al empleador.

f. Del Litisconsorcio entre los Integrantes del CONSORCIO LUZ y la excepción de prescripción:

Refiere la activa en su impugnación que en el presente asunto era posible proferir una decisión sin la presencia de todos los consorciados, de ahí, que lo que existe en el caso de autos es un litisconsorcio facultativo, errando la *a-quo* al determinar que los integrantes del CONSORCIO LUZ son litisconsortes necesarios, conclusión que a la postre favoreció a la demandada CORTÁZAR Y GUTIERREZ S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, al serle extensiva la declaratoria de la excepción de prescripción propuesta por ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.

En virtud de lo expuesto, al ahondar sobre dicha figura jurídica, se encuentra que el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, señala que el Consorcio se presenta:

> *"cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman."* (Subrayado fuera de texto).

En esa medida la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al abordar el estudio de la capacidad de los Consorcios, ha sostenido que no es necesario vincular a todos los integrantes que lo conforman. Al respecto en sentencia SL282-2020, Radicación No. 71632 de 4 de febrero de 2020, señaló:

> *"En relación con la responsabilidad solidaria concluida por el tribunal, en torno al alcance del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, la sala en la sentencia CSJ SL3672-2019, reiteró:*
>
> *"Tal y como lo señala el censor, del precepto antes mencionado, se desprende que la responsabilidad entre los miembros que componen el consorcio (léase también unión temporal) es solidaria en lo concerniente a: «todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato», por ende, bien podía convocarse al juicio a uno solo de los miembros del consorcio o a los dos.*
>
> *"En efecto, el artículo 1568 del CC., establece que la solidaridad puede provenir de la «convención, del testamento o de la ley», como ocurren en este evento, en el que es por mandato legal, lo que implica según este mandato que «puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda».*
>
> *"En armonía con lo anterior, el 1571 del CC., al regular la solidaridad pasiva, dice que en virtud de la misma «El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división», tal y como ocurre en el presente evento, que como se explicó, de acuerdo con el mandato del numeral*

1, del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, responden los integrantes del consorcio de manera solidaria, por tanto, no estaba obligado el libelista a convocar a las dos personas naturales al litigio, sino que bien podía escoger a alguno de ellos, sin que ese fuera motivo para absolver, y mucho menos para el fallo inhibitorio que profirió el juzgador." (Subrayado fuera de texto).

En ese orden de ideas, no queda duda que al ser factible que se dirija la demanda contra solo uno de los integrantes del consorcio, no se cumplen los presupuestos para estimar la existencia de un litisconsorcio necesario; *a contrario sensu*, estaríamos en presencia de un litisconsorcio facultativo, tal como lo aseveró la activa en su alzada, de modo tal, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 del C.G.P. los litisconsortes facultativos, salvo disposición en contrario, serán considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados y los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

En virtud de ello, es claro que los actos de un litigante no perjudican ni favorecen a los otros, contrario a lo aducido por la juez de primer grado, luego, la sentencia puede no ser uniforme para todos los litisconsortes.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL383-2021, Radicación No. 70204 del 1º de febrero de 2021, señaló:

"En ese orden, en el sub lite se está frente a un litisconsorcio facultativo, por el cual, de conformidad con el artículo 50 del CPC, los actos procesales, entendidos como recursos, impulsos o medios exceptivos, así como los sustanciales tienen efectos positivos o negativos, de forma independiente a todos los litisconsortes.

"Al respecto, esta Corporación manifestó en providencia AL1514-2016, reiterada en CSJ SL401-2020, que:

"[…] de tiempo atrás ha sostenido esta Corporación, en cuanto a que la situación jurídica del litisconsorcio puede formarse, bien por la voluntad de los litigantes (facultativo), ora por obra de una razón de necesidad insoslayable que exige la ley, o que es determinada por la naturaleza misma de la relación sustancial sometida a escrutinio judicial y que se erige en el objeto de la decisión que le pone fin a la controversia (necesario u obligatorio).

"Igualmente, se ha pregonado que el litis consorcio facultativo se presenta cuando quienes integran la parte, a más de buscar, generalmente, economía procesal, y existir conexión en la causa jurídica, objeto o elementos demostrativos, se unen para acudir, potestativamente, ante la jurisdicción a formular súplicas que se caracterizan por ser independientes entre sí, por lo que hubiese sido posible plantearlas en proceso separado.

"Incluso, recientemente en decisión CSJ AL1479-2020, se refirió a los efectos del litisconsorcio facultativo que, en dicha oportunidad, se configuró en la parte activa. No obstante, tales argumentos se replican cuando la mencionada figura se constituye en los demandados. En concreto, se adujo que: «[…] por tratarse de un litisconsorcio facultativo, cada accionante debe considerarse como un litigante independiente y separado y los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso».

"Así las cosas, al estar determinado que los accionados conformaron un litisconsorcio facultativo, no era procedente declarar la prescripción, apelada respecto de uno de los codemandados, en beneficio para todos, como lo realizó el Colegiado, pues la decisión no puede afectar, de manera uniforme, a todos los litisconsortes.

Como corolario de lo anterior, se debe proceder al análisis del medio exceptivo.

g. De la Prescripción:

Como viene de verse, y al haberse determinado que entre las consorciadas lo que existe es un litisconsorcio facultativo, lo que procedente es verificar si operó el fenómeno prescriptivo en el *sub-examine* como se determinó en primera instancia.

Aducen los recurrentes que las notificaciones deben tomarse de manera independiente, pues esa situación no puede afectar o beneficiar a uno u otro; además indicó que en el plenario milita un requerimiento del 15 de mayo de 2015 dirigido a CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA. y al CONSORCIO LUZ. De otra parte, sostuvo que la prescripción no debe afectar al trabajador cuando se han realizado actos tendientes a la notificación de la contraparte, y se presentan situaciones atribuibles al Juzgado o al curador *ad-litem*.

En sentencia SL640-2022, Radicación No. 86690 de 21 de febrero de 2022, el órgano de cierre de esta jurisdicción señaló sobre la prescripción al tratar el tema del litisconsorcio facultativo:

"Incluso, en decisión CSJ AL1479-2020, se refirió a que «[…] por tratarse de un litisconsorcio facultativo, cada accionante debe considerarse como un litigante independiente y separado y los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso».

"Así las cosas, al estar frente a un litisconsorcio facultativo, no era procedente comunicar la prescripción de la acción ejecutiva del deudor principal al solidario para considerar que la obligación también se hizo inexigible frente a

esta último, como equivocadamente lo consideró el fallador de alzada, pues esa decisión no puede afectar, de manera uniforme, a los litisconsortes, en este caso".

En consonancia con lo que viene de decirse, se advierte que las consecuencias de la prescripción declarada a favor de ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., sociedad que integra el CONSORCIO LUZ, no podía afectar o beneficiar a CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA., como lo concluyó la juez de primer grado, al declarar probada la excepción de prescripción que propuso la primera, pues debía examinarse de manera independiente dicho medio exceptivo.

En ese orden de ideas, la Sala debe memorar que los derechos laborales prescriben en un término de tres (3) años, que se cuentan después de su causación de acuerdo lo dispuso el artículo 488 del C.S.T., y el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, por un lapso igual, de acuerdo a lo reglado en los artículos 489 del C.S.T. y 151 del CPT y de la SS.

A su vez, el artículo 90 del CPC hoy artículo 94 del CGP, dispone que:

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

"[…]

"Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos".

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que la regla establecida en el artículo 90 del C.P.C., hoy artículo 94 del C.G.P., referente a que la presentación de la demanda interrumpe el término prescriptivo siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación al demandante, no se aplica cuando dicha notificación no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado, como quiera que esa eventualidad no puede redundar en perjuicio del promotor del

litigio, así lo expuso en sentencia CSJ SL8716-2014, rad. 38010, criterio reiterado en sentencia SL749-2021, Radicación No. 48491 de 2 de marzo de 2021.

No obstante, esa misma Corporación en SL5476-2021, Radicación No. 86282 de 29 de noviembre de 2021, al memorar lo sentado en la sentencia CSJ SL3693-2017, refirió que le asiste responsabilidad al accionante de lograr la notificación oportuna del auto admisorio de la demanda, pues siendo una actuación que redundaba en su propio beneficio, debe adelantar todas las actuaciones tendientes al cumplimiento de ese acto en tiempo, en armonía con sus intereses litigiosos.

Bajo esa óptica, y dado que la demandada ASFALTOS LA HERRERA LTDA., propuso la excepción de prescripción, se procede con el estudio de ese medio exceptivo.

Al respecto, conviene recordar como viene de verse, que la relación laboral de los promotores de la litis finalizó el 15 de mayo de 2012, la demanda fue presentada el 9 de mayo de 2014 (Fl. 35 archivo 09), mediante auto de 6 de octubre de 2014 se admitió la demandada, auto que fue notificado a los actores por anotación en estado el 9 de octubre de ese mismo año (Fls. 72 a 72 vto. archivo 09). Se allegaron diligencias de remisión de citatorio a la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., dirigido a la Calle 152 No. 21 A 69 (Fls. 73 a 76 archivo 09), dirección para notificaciones judiciales que obra en el certificado de Cámara de Comercio, misma dirección que se informa para la demandada CORTAZAR Y GUITIÉRREZ LTDA. (Fls. 10 a 14 vto. archivo 09), el cual señala que es devuelto por destinatario desconocido.

El 17 de marzo de 2015 se allega trámite de citatorio al CONSORCIO LUZ, dirigido a la dirección anteriormente mencionado, con el mismo resultado (Fls. 77 a 80 archivo 09). En auto de 15 de mayo de 2015, se requirió a la parte actora para que notificara a las sociedades demandadas (Fl. 202 a 203 archivo 09). A folios 204 a 208, obra memorial radicado el 5 de junio de 2015, con trámite de citatorio dirigido a la demandada CORTAZAR Y GUITIÉRREZ LTDA., dirigido a la dirección Calle 105 No. 14-92 oficina 103 de esta ciudad, dirección que no corresponde a la que se indica en el certificado de Cámara de Comercio, como se expuso anteriormente, señalándose que la sociedad si funciona allí, empero, el sello de recibido no corresponde a esa sociedad.

El 11 de septiembre de 2015, se aportó la gestión del aviso dirigido a las dos sociedades demandadas remitido a la Calle 105 No. 14 A-92 oficina 103 de Bogotá, el cual contiene nota de devolución por encontrase cerrado, además el memorialista solicita de designe un curador y se fije "*el aviso a que se refiere el art. 29 del CPL"* (Fls. 209 a 248 archivo 09). Por auto de 14 de septiembre de 2015, se denegó la petición elevada por la activa y dispuso realizar en debida forma la notificación, al denotar falencias tales como que, no se allegó certificación de la remisión del auto admisorio a la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., y la dirección a la que se remitieron las diligencias a la accionada CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA., no es la que reposa en el certificado de Cámara de Comercio. (Fl. 250 archivo 09).

Mediante auto de 24 de noviembre de 2015, se requirió a la parte actora para que efectuara el trámite de notificación (Fl. 299 a 300 archivo 09), así, el 28 de marzo de 2016 allegó nuevamente trámite de citatorio dirigido a las demandadas (Fls. 301 a 316 archivo 10), por tanto, a través de proveído de 29 de marzo de 2016, se incorporaron esas documentales y se dispone que previo a designar curador se continuara con el trámite de notificación por aviso (Fl. 317 archivo 10), el que se aportó el 3 de agosto de 2016 (Fls. 320 a 360 archivo 10).

Mediante auto de 4 de agosto de 2016, se dispuso, designar curador (Fl. 362 archivo 10), siendo los curadores relevados (Fls. 370, 378 archivo 10), y solo hasta el 21 de febrero de 2017, el curador *ad-litem* de las sociedades que conformaban el CONSORCIO LUZ, se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda (Fl. 384). Mediante auto de 15 de marzo de 2017, se ordenó el emplazamiento de las demandadas (Fl. 426 archivo 10).

En proveído de 26 de abril de 2018, se autorizó llevar a cabo notificación a la demandada ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., en la dirección que informó la activa (Fl. 428 archivo 10), sociedad que allegó contestación a la demanda.

Del anterior recuento, se puede concluir que la parte demandante no cumplió con la carga que le correspondía de llevar a cabo de manera efectiva la notificación al extremo pasivo, pues nótese que incurrió en varias falencias que llevaron a repetir el trámite de notificación en varias ocasiones, en consecuencia, la excepción de prescripción propuesta por la accionada ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., tiene vocación de prosperidad, como quiera que la presentación de la demanda no

interrumpió dicho fenómeno, dado que la notificación del auto admisorio de la demanda a esa accionada no se surtió dentro del año siguiente a la notificación de este a la activa, como lo determinó la Juez de primer grado.

No obstante, y como ya se ha venido señalando previamente, al existir un litisconsorcio facultativo entre las sociedades que conforman el CONSORCIO LUZ, ello no permitía que las consecuencias de la prescripción propuesta por ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., beneficiara a CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA., la cual al contestar la demanda principal no propuso tal excepción y además se le tuvo por no contestada la reforma a la demanda, luego, no es viable declarar que la prescripción operó a su favor, menos aún, cuando no le es viable al juez laboral declarar de oficio tal excepción según lo normado en el artículo 282 del C.G.P., aplicable por analogía a los juicios del trabajo. Excepción que tampoco operó frente a la demandada UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, ya que esa entidad se notificó del auto admisorio de la demanda dentro del año siguiente a su notificación por estado, como se observa a folio 81 del archivo 09.

Determinado lo anterior, y dado que los demandantes pretenden el pago de prestaciones sociales y vacaciones causados en vigencia de la relación laboral que los unió con el extremo pasivo, observándose que en el trámite procesal no se probó el pago de tales emolumentos, como lo señaló la *a-quo*, pues si bien los actores se encuentran en la lista que se relaciona para pago de acreencias laborales que obra en el acta de liquidación del contrato de obra, en su otrosí y en la cesión de derechos económicos, y además se allegaron liquidaciones definitivas a su nombre (Fl. 151 vto., 168 y 174 vto. archivo 09 y 552 y 558 archivo 10); lo cierto es, que no se encuentra evidencia alguna que permita colegir que recibieron tales pagos.

En esa medida, se encuentra que el demandante ROBERT PINZON AMAYA pretende el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas en el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2012 al 15 de mayo de la misma anualidad, valores que fueron determinados por la falladora de instancia, sin la parte actora haya presentado inconformidad al respecto, emolumentos que determinó sobre un salario de $759.000, y a razón de 60 días de trabajo, como pasa a exponerse; por cesantías $126.500, intereses a las cesantías $2.530, prima de servicios $126.500 y vacaciones $63.250.

En el caso del accionante SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ, quien pretende el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios del 1º de enero al 15 de mayo de 2012 y vacaciones del 22 de marzo de 2011 al 15 de mayo de 2012, valores que fueron determinados sobre un salario de $759.000 a razón de 135 días, le corresponde por cesantías por $284.625, intereses a las cesantías $2.808, prima de servicios $184.627 y vacaciones por todo el tiempo laborado $436.425.

En lo que respecta a la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., como ya se indicó anteriormente, la misma procede a favor de cada uno de los demandantes a razón de un día de salario por cada día de mora, en monto de $25.300 a partir del 15 de mayo 2012 y hasta el 14 de mayo del año 2014, y a partir de ahí los intereses moratorios a la tasa más alta certificados por la Superintendencia Financiera.

En esa medida, se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2022, para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción interpuesta por ASFALTOS LA HERRERA S.AS. EN LIQUDACION solo en favor de esta sociedad.

En consecuencia, se condenará a la sociedad CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA., como integrante del CONSORCIO LUZ y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV a pagar a los demandantes las siguientes sumas:

1. A favor de ROBERT PINZON AMAYA: por concepto de cesantías $126.500, intereses a las cesantías $2.530, prima de servicios $126.500 y vacaciones de $63.250. Además, deberá pagar la suma de $25.300 diarios a partir del 15 de mayo 2012 y hasta el 15 de mayo del año 2014, y a partir de esa data los intereses moratorios a la tasa más alta certificados por la Superintendencia Financiera.

2. A favor de SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ, por concepto de cesantías $284.625, intereses a las cesantías $2.808, por prima de servicios $184.627 y por vacaciones $436.425. Igualmente, Además, deberá pagar la suma de $25.300 diarios a partir del 15 de mayo 2012 y hasta el 15 de mayo del año

2014, y a partir de esa fecha los intereses moratorios a la tasa más alta certificados por la Superintendencia Financiera.

Dado que en esta instancia se determinó que la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL era solidariamente por las condenas impuestas a cargo del verdadero empleador de los gestores, y como la *a-quo* no avanzó en el estudio del llamamiento en garantía que realizó esa entidad, al declarar la excepción de prescripción como vino de verse, absolviendo a la seguradora de las pretensiones formuladas en la demanda y en el llamamiento en garantía, es menester proceder con su estudio.

Sobre tal aspecto, se tiene que se llamó en garantía a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, la cual expidió póliza de seguros No. 3000996 del 11 de marzo de 2011, en la que figura como asegurado la UNIDAD ADMINSITRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN MANTENIMIENTO VIAL, la cual tiene por objeto amparar "*los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista/ afianzado en virtud de contrato No. 113 de fecha 10 de marzo de 2011 celebrado entre las partes, relacionado con la ejecución de actividades operativas administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y actividades requeridas en sedes operativas de la UMV*", y en la cual se garantiza, entre otros, el pago de salarios y prestaciones sociales por un valor asegurado de $500.000.000, con vigencia entre el 10 de marzo de 2011 y el 10 de marzo de 2015. (Fls. 279 a 284 archivo 09).

En las condiciones generales del contrato de seguro se indica, frente al amparo de pagos de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, lo siguiente:

> *"Este amparo cubre a la entidad estatal asegurada, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del tomador garantizado derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato garantizado".*

Emana de lo anterior, que las condiciones plasmadas en la póliza se encuentran satisfechas en el presente asunto, pues como quedó visto, en virtud de la solidaridad declarada la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL se ve compelida a realizar el pago de las prestaciones sociales y la indemnización moratoria a los trabajadores demandantes, quien desempeñó sus funciones en

virtud, precisamente del contrato 113 de 2011, suscrito entre el CONSORCIO LUZ y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, razón por la cual se condenará a LA PREVISORA S.A., como llamada en garantía, a garantizar en favor de su llamante, esto es, la UNIDAD ADMINSITRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN MANTENIMIENTO VIAL, el pago de la suma ordenada en su contra, afectando con ello la póliza que garantizó el cumplimiento del contrato estatal por haber ocurrido el siniestro en vigencia del contrato de seguro.

En consecuencia, se revocará el numeral sexto de la sentencia emitida el 4 de febrero de 2022, y en su lugar se condenará a la llamada en garantía a garantizar en favor de su llamante UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, el pago de la suma ordenada en contra de esa entidad, como se indicó anteriormente.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado, las de primera instancia correrán a cargo de las demandadas que resultaron condenadas.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2022, que declaró probada la excepción de prescripción, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción interpuesta por ASFALTOS LA HERRERA S.AS. EN LIQUDACION únicamente en favor de esa sociedad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad CORTÁZAR Y GUTIERREZ LTDA., como integrante del CONSORCIO LUZ y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV a pagar a los demandantes las siguientes sumas:

1. A favor de ROBERT PINZON AMAYA: por concepto de cesantías $126.500, intereses a las cesantías $2.530, prima de servicios $126.500 y vacaciones de $63.250. Además, deberá pagar la suma de $25.300 diarios a partir del 15 de mayo 2012 y hasta el 14 de mayo del año 2014, y a partir de esa fecha los intereses moratorios a la tasa más alta certificados por la Superintendencia Financiera.
2. A favor de SEGUNDO FIDELIGNO HAMON SAEZ, por concepto de cesantías $284.625, intereses a las cesantías $2.808, por prima de servicios $184.627 y por vacaciones $436.425. Igualmente, Además, deberá pagar la suma de $25.300 diarios a partir del 15 de mayo 2012 y hasta el 14 de mayo del año 2014, y a partir de esa fecha los intereses moratorios a la tasa más alta certificados por la Superintendencia Financiera.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2022, que absolvió de las pretensiones subsidiarias a la llamada en garantía PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS; para en su lugar, CONDENAR a esa aseguradora como llamada en garantía de la UNIDAD ADMINSITRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENVO VIAL , a garantizar el pago de las cantidades ordenadas por concepto de prestaciones sociales e indemnización moratoria, en virtud de la póliza No. 3000996, que llegare a sufragar la entidad asegurada como consecuencia de la condena aquí impuesta.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado, las de primera instancia correrán a cargo de las demandadas, en consecuencia, se revoca el numeral séptimo de la sentencia de primera instancia que había impuesto la condena en costas a cargo de la activa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **11 2020 00034 01**
Demandante:	ANA BOLENA PÉREZ ARCILA
Demandado:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a ORIANA ESPITIA GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía 1.034.605.197 y T.P. 291.494 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA BOLENA PÉREZ ARCILA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara el 24 de enero de 2001 a través de la última referida, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre uno y otro sistema pensional.

Por consiguiente, pretende se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se la tenga como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese trasladado, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional y demás emolumentos causados.

En virtud de lo anterior, se declare que es beneficiaria del régimen de transición y por consiguiente del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por lo que se debe condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de agosto de 2014, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%.

Asimismo, y consecuencialmente, se crucen las cuentas entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, desde el momento del reconocimiento de la pensión de vejez, más el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de agosto de 2014, la indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que, empezó a cotizar en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 12 de octubre de 1989 hasta el 30 de julio de 2014, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la antigua AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., el 24 de enero de 2001.

Señaló que el asesor no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional, prometiéndole condiciones y beneficios muy superiores que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Relató que nació el 15 de junio de 1955 y cumplió el requisito de la edad pensional, esto es 57 años, el día 15 de junio de 2012, precisando que el 15 de agosto de 2014 PROTECCIÓN S.A. le reconoció pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, prestación que le fue otorgada a partir del 1º de agosto de 2014 en cuantía inicial de $860.0650.

Expuso que al momento de solicitar el reconocimiento de su pensión no se le realizó una proyección de su mesada pensional, la cual por cálculos efectuados le resultaría más favorable en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas. Adujo en lo que atañe al deber de información por parte de la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., que no obra prueba dentro del plenario que advierta que a la demandante se le haya hecho incurrir en error al momento de su traslado o que se encuentre en presencia de algún vicio del consentimiento, como lo es el error, la fuerza o el dolo. Igualmente, que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió inconformidad, por el contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejarse observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Por otra parte, indicó que atendiendo los parámetros tanto legales como jurisprudenciales, la actora no es beneficiaria del régimen de transición, mucho menos de la prestación por vejez que pretende en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formuló como medios exceptivos los denominados 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 e instituciones administradoras de seguridad

social del orden público, innominada o genérica e inexistencia del reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES.

PROTECCIÓN S.A. argumentó en su contestación que la asesoría brindada a la actora al momento de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue totalmente objetiva e integral, en tanto se le puso de presente las características de ambos regímenes y las diferencias entre los mismos, por lo que correspondió a la demandante decidir de acuerdo con toda la información recibida la conveniencia o favorabilidad, que fue lo que finalmente la llevó a elegir el régimen pensional actual de manera libre y voluntaria, plasmando su firma en el formulario de afiliación en señal de conocimiento y aceptación, adicional a que, la información suministrada en su momento se llevó a cabo conforme a las condiciones particulares de la actora, teniendo en cuenta todas las variables tales como beneficiarios, edad, expectativa de vida según tabla de mortalidad de rentistas, saldo de la cuenta de ahorro individual que comprende el capital, bonos y rendimientos, factor actuarial entendido como combinación expectativa de vida y factor financiero, aportes voluntarios y la regulación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada.

Además, resalto que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se solemnizó a través del formulario de traslado. Aceptó la prestación por vejez que en la actualidad ostenta la demandante, la cual aduce viene percibiendo hace más de 7 años, de allí que resulte ilegal que la actora se pensione en dos regímenes distintos.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica y 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia manifestó que de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en atención a la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a la AFP demostrar la debida información al momento del traslado, situación que dentro del presente asunto PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar, en tanto, además de la suscripción del formulario de afiliación de la actora ante sus dependencias que suscribiera para el año 2001, no existió prueba alguna demostrativa de lo manifestado para obtener su consentimiento, más aún si del interrogatorio de parte surtido por la demandante no existió ninguna confesión.

También argumentó que la demandante no ostenta la calidad de afiliada sino de pensionada, hecho relevante como quiera que atendiendo el precedente jurisprudencial, la demandante solicitó de manera espontánea el reconocimiento y pago de su prestación económica por riesgo de vejez, escogiendo en los mismos términos la modalidad de dicha pensión, decantándose de manera informada por el retiro programado previa asesoría, conociendo y aceptando las condiciones y características contenidas en dicha modalidad pensional, junto con la cuantía de la mesada pensional, de ahí que aportó para el efecto toda la documental requerida, e incluso, suscribiendo el contrato de administración de mesadas pensionales a partir del mes de julio del año 2015; circunstancia de lo que se puede colegir con pleno grado de certeza, que la señora ANA BOLENA PÉREZ ARCILA ratificó y confirmó su intención de permanecer de manera voluntaria en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que comporta un notorio saneamiento de la nulidad, tal como lo preceptúa el artículo 1752 del Código Civil.

En tal sentido, negó las pretensiones invocadas por la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Sostuvo en su alzada que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia modificó el precedente jurisprudencial decantado por el Juez de instancia, entre otras, en la sentencia SL373-2021.

Bajo este entendido, expone que es procedente que en esta instancia se efectúe un pronunciamiento con relación a la falta de información, pues dicho elemento resulta ser el que abre la posibilidad que se acuda a la procedencia de la reparación integral de perjuicios, por lo que, bajo esa óptica la sentencia de primera instancia puede ser precisada o revocada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si se debe condenar a la accionada a la reparación integral de perjuicios alegada en el recurso de alzada.

c. Del caso en concreto:

Debe acotarse inicialmente, que no se reprochó en la alzada la decisión de negar la pretensión de la demanda, atinente a que se declare la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, verificado mediante la suscripción del formulario de afiliación que suscribiera la demandante ante la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., el 24 de enero de 2001 (Fl. 144 – EXPEDIENTE PDF).

Al unísono, vale la pena resaltar que tampoco fue objeto de reproche que a la demandante PROTECCIÓN S.A. le reconoció una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, prestación que se le otorgó a partir del 11 de septiembre de 2014 como dan cuenta las documentales visibles a folios 166 a 171 del EXPEDIENTE PDF, encaminados a la certificación emanada por la misma AFP y el documento denominado "*CARTA DE ELECCIÓN DE MODALIDAD DE PENSIÓN DEFINITIVA*", probanzas que no se refutaron en el juicio por ninguna de las partes que conforman el contradictorio.

Determinado lo anterior, se tiene que la ineficacia del traslado se negó en recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los cuales además se refirió que, quienes ostenten la calidad de pensionados tienen a su alcance deprecar la acción indemnizatoria, mismo argumento esbozado por la demandante en el recurso de alzada. Así, en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, se estableció:

> *"Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absolutoria, pero por otras razones.*
>
> *"Es un hecho acreditado que […] disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*
>
> *"Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.*
>
> *"[…]*
>
> *"La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para*

demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

"[…]

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

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

De igual manera, en la sentencia SL5254-2021, Radicación No. 82893 del 23 de noviembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló:

"En todo caso, es importante aclarar que la citada sentencia CSJ SL373-2021, dejó a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si lo considera pertinente.

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

"El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la ponderación de los daños, el cual conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juzgador, con miras a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y

utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En ese orden de ideas, se evidencia que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpreta jurisprudencialmente que ante la imposibilidad jurídica de retrotraer el estatus de pensionado en virtud de la ineficacia del traslado, se abre paso la indemnización plena de perjuicios, siempre y cuando se acrediten los elementos de la responsabilidad, y tal pretensión haya sido expresamente deprecada en la demanda.

A pesar de lo anterior, los argumentos de alzada no gozan de vocación de prosperidad dentro del asunto objeto de estudio, en tanto, como se desprende de las pretensiones por medio de las cuales se accionó el aparato judicial, las mismas se formularon única y exclusivamente con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 2001 ante la falta del deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A. y, consecuencialmente, el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con todos los emolumentos adquiridos en su cuenta de ahorro individual; así como que le fuese reconocida una pensión de vejez por esta última en los términos del Decreto 758 de 1998 al ser beneficiaria del régimen de transición conforme lo regula el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que en manera alguna se persiguiera la indemnización de perjuicios.

Incluso, en la fijación del litigio llevada a cabo en primer grado dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., no se estableció la indemnización de perjuicios como parte del debate litigioso. Por el contrario, lo que se consignó en esa etapa procesal fue el determinar si había lugar o no a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, por haberse producido sin la información suficiente y verás, así como si había lugar al reconocimiento y pago de prestación económica alguna por parte de COLPENSIONES.

En tal sentido, claro es que de llegarse a realizar un análisis como el perseguido por la demandante en la alzada, se desconocería el principio de congruencia, por cuanto, palmario resulta el hecho que la decisión de instancia versó sobre los planteamientos propios de la demanda principal, la cual no se orientó sobre

los presuntos perjuicios irrogados a razón de una interpretación jurisprudencial que así los consagra. La sentencia SL818-2022, Radicación No. 90198 del 16 de febrero de 2022 trajo a colación lo siguiente:

> ***"Principio de Congruencia***
>
> *"Ahora bien, el principio procesal de congruencia tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del CGP, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y tiene que ver con que el juez debe adecuar la sentencia a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes (CSJ SL3443-2021, CSJ SL440-2021).*
>
> *"El precedente de la Corporación (CSJ SL2604-2021, CSJ SL440-2021) además ha sido muy claro en que:*
>
> *"Dichas actuaciones limitan la autonomía judicial del juez, quien debe obrar dentro de ese marco trazado por las partes, dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional.*
>
> *"Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse "a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales" (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018).*
>
> *"Y en el ámbito del recurso extraordinario de casación, la Sala ha establecido que si el ad quem desborda los límites de la congruencia y decide pretensiones ajenas al debate procesal, puede incurrir en el quebrantamiento de dicho principio y comprometer la legalidad de la sentencia si: (i) la transgresión es relevante; (ii) afecta el derecho de defensa de alguna de las partes involucradas, y (iii) esto incide o sirve de medio para la infracción de una disposición sustancial -violación medio- (CSJ SL911-2016).*
>
> *"Además, nótese que el juez de segundo grado también está sujeto a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia, en virtud del referido y explicado principio de consonancia.*
>
> *"Así, la Corte tiene adoctrinado que las anteriores directrices procesales hacen parte de la denominada congruencia externa del fallo, según la cual «toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia» (CSJ SL2808-2018).*

> *"A su vez, la congruencia interna «exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva» (CSJ SL2808-2018).*
>
> *"Por otra parte, debe destacarse que el principio de congruencia tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibidem.*

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el Juez Colegiado no goza de la facultad de emitir decisiones de contenido *ultra* y *extra petita*, ya que las mismas no se encuentran consagradas dentro de sus funciones legales, salvo que se trate de derechos mínimos e irrenunciables, aspecto último que no se presenta dentro de este asunto, sentencias SL795-2022, Radicación No. 75725 del 15 de marzo de 2022, SL1106-2022, Radicación No. 87437 del 14 de marzo de 2022, SL659-2022, Radicación No. 88144 del 2 de marzo de 2022, entre otras.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 22 de febrero de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso

de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para la parte demandante, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **12 2020 00274 01**
Demandante:	ADELA OCAMPO RAMÍREZ
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., así como estudiar la referida providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADELA OCAMPO RAMIREZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, a fin de que se declare en la accionada incurrió en mora partir del 24 de diciembre de 2013, respecto del reconocimiento y pago de la pensión la pensión de vejez que solicitó el 24 de agosto de 2013. Igualmente, se declare que desde el 24 de diciembre de 2013 la enjuiciada retuvo sin justificación las mesadas causadas entre el 29 de julio de 2007 y el 30 de noviembre de 2013, las cuales pagó el 21 de septiembre de 2016; que desde el 1º de enero de 2014 retuvo las mesadas causadas entre diciembre de 2013 y marzo de 2015, las que pagó el 21 de septiembre de 2016.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios liquidados mes por mes, sobre cada una de las mesadas que retuvo hasta el 21 de septiembre de 2016, al pago de las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo el actor que mediante sentencia proferida por esta Corporación el 31 de agosto de 2012, la que fuera aclarada el 29 de abril de 2013 en el proceso con radicado No. 110013105-019-2010-00549, se ordenó a la demandada reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 26 de febrero de 2004, con pago efectivo de mesadas a partir del 29 de julio de 2007.

Que tal decisión fue notificada a la entidad el 24 de agosto de 2013, misma data en la que solicitó el cumplimiento de dicha decisión judicial y que el día 26 del mismo mes y año solicitó se librara mandamiento de pago. Además, refirió que el 27 de septiembre de 2013 el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, tuteló su derecho fundamental de petición y ordenó a la accionada notificar el acto administrativo mediante el cual resolviera la solicitud de cumplimiento de la sentencia. En esa medida, el 11 de octubre de 2013 la accionada supeditó el cumplimiento de la sentencia a la presentación de una

declaración extra juicio la cual efectuó el día 18 de noviembre de 2013 y radicó el 29 de noviembre de la misma anualidad, en la que puso en conocimiento la existencia del proceso ejecutivo aclarando que a la fecha seguía al Despacho.

Respecto al mandamiento de pago, adujo que el proceso ejecutivo se tramitó en el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá bajo el Radicado No. 2013-646, librándose mandamiento de pago el 20 de noviembre de 2013. De la misma forma, narró que el 11 de diciembre de 2013 solicitó al Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, que iniciara un incidente de desacato en contra de COLPENSIONES por el incumplimiento a la orden de tutela, reiterando en repetidas ocasiones al Juzgado que impusiera las sanciones del caso. Igualmente, el 17 de septiembre de 2014 solicitó al Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el cumplimiento de la obligación de hacer y de las medidas cautelares decretadas.

Mencionó que el 6 de febrero de 2015, se corrió traslado de las excepciones propuestas por la pasiva en el proceso ejecutivo a las que se opuso, y el 20 de marzo de 2015 el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá declaró en desacato a COLPENSIONES. Así, el 31 de marzo de 2015 se le notificó la Resolución GNR 82257 de 19 de marzo de 2015, con la cual reconoció la pensión de vejez, no obstante, a partir del 1º de abril de 2015 y ordenó el pago en la segunda quincena de mayo de 2015, incumpliendo la sentencia, pues no ordenó el pago de mesadas causadas desde el 29 de julio de 2007 hasta el 31 de marzo de 2015.

De esa forma, el 24 de abril de 2015 se emitió sentencia en el proceso ejecutivo rechazando las excepciones propuestas y ordenando seguir adelante con la ejecución, así como practicar la liquidación del crédito, la que fue presentada el 29 de abril de 2015, la que comprendía las mesadas debidas desde el 29 de julio de 2007 hasta el 30 de abril de 2015. El 11 de agosto de 2015 después de surtirse el trámite de ley, fue aprobada la liquidación del crédito, por lo que el 28 de abril de 2016 se ordenó la entrega de un título con el que se pagarían las

mesadas causadas del 29 de julio de 2007 al 31 de marzo de 2015, efectivizándose la entrega del depósito judicial hasta el 21 de septiembre de 2016 con el que se pagaron las mesadas generadas entre el 29 de julio de 2007 al 31 de marzo de 2015.

Por último, indicó que el 21 de diciembre de 2017 solicitó a la encartada el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el 29 de diciembre de 2017 la entidad respondió que había decidió la petición mediante Resolución SUB 217683 de 6 de octubre de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que la pensión de vejez de la gestora fue reconocida dentro de los plazos establecidos y en ningún momento retuvo mesada alguna.

Formuló como medios exceptivos de fondo los de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de abril de 2022, condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por suma de $15.802.827 respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 29 de julio de 2007 y el 31 de marzo de 2015 y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Para arribar a esa decisión adujo, la falladora de instancia inició analizando la institución jurídica de cosa juzgada de manera oficiosa, señalando que si bien existía identidad de partes respecto del proceso que se siguió con el fin de

obtener el reconocimiento de la prestación pensional a la actora, no sucedía lo mismo con la identidad de objeto y causa, dado que en el trámite anterior se perseguía el pago de intereses moratorios con ocasión de la negativa en el pago de la prestación pensional por parte de la entidad, pensión que finalmente fue reconocida a través de sentencia judicial, mientras que en presente asunto los intereses devienen en la mora en el pago de las mesadas reconocidas en la sentencia, lo que conllevó a su ejecución en tanto se dejaron pendientes de pago las mesadas causadas del 29 de julio de 2007 al 30 de marzo de 2015, que no fueron canceladas por la entidad al momento de dar cumplimiento a la sentencia en el desarrollo de la ejecución, por lo que la mora alude al lapso comprendido entre la fecha en la que se solicitó el cumplimiento de la sentencia y la del pago del título judicial dentro del proceso ejecutivo, de ahí, que no exista cosa juzgada.

Seguidamente, trajo a colación los artículos 9º de la Ley 797 de 2003 y 4º de la Ley 700 de 2001, que señalan que las entidades tienen un plazo no mayor a 6 meses para adelantar los trámites correspondientes al pago de las mesadas, por lo que la actora al solicitar el 24 de agosto de 2013 el cumplimiento de la sentencia proferida por esta Corporación adiada el 31 de agosto de 2012, aclarada el 29 de abril de 2013, y además solicitó la ejecución de la sentencia el 26 de abril de 2013, librándose mandamiento de pago del 24 de abril de 2014, mesadas que fueron canceladas mediante título judicial el 21 de septiembre de 2016, depósito que COLPENSIONES puso en conocimiento mediante Resolución GNR de 8225726 de 19 de marzo de 2015.

Así las cosas, era claro que la demandada incurrió en mora en el pago de las mesadas causadas entre el 29 de julio de 2007 y el 30 de marzo de 2015, cuyo pago fue solicitado el 24 de agosto de 2013, pues si bien el título fue constituido el 1º de agosto de 2014, solo hasta el 31 de marzo de 2015 le puso en conocimiento la existencia del mismo a través de la citada Resolución, por lo que condenó a la pasiva al pago de los intereses moratorios a partir del 24 de febrero de 2014, es decir, 6 meses después de presentada la solicitud de pago

hasta el 31 de marzo de 2015, data en la que se notificó de la mencionada Resolución sobre las mesadas causadas entre el 29 de julio de 2007 y el 30 de marzo de 2015. Adujo que no era posible acceder al pago de los intereses hasta el 21 de septiembre de 2016, pues estaba supeditado a la orden del juez de la ejecución, por lo que no existe mora por parte de le entidad. Por último, indicó que no operó el fenómeno prescriptivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Solicitó se revoque la decisión en el sentido de declarar que los intereses proceden hasta el 21 de septiembre de 2016, dado que el término que transcurrió entre el 31 de marzo de 2015 y el 21 de septiembre de 2016, es una mora atribuible a COLPENSIONES, máxime cuando la entidad presentó excepciones en el proceso ejecutivo entre las que estaba la de falta de título ejecutivo, de ahí, que si la demandada hubiese aceptado en inicio la existencia de la sentencia que ordenó el pago de la pensión, no se hubiese presentado la mora, máxime cuando el título fue consecuencia de una medida cautelar, de modo que la entidad siempre pretendió no pagar, además COLPENSIONES después de poner en conocimiento el depósito, tampoco le pidió al juez de la ejecución que efectuara el pago; por ende, solicita se mantenga la condena, pero hasta el 21 de septiembre de 2016.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES, apeló la decisión señalando que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, establece el pago de los intereses, sin embargo, al existir un proceso ejecutivo iniciado por la activa emitió una orden a fin de evitar un doble pago y hasta tanto no existiera una decisión por parte del Juez que conoció la ejecución, por lo que solicita se revoque la sentencia pues los intereses fueron estipulados para la mora en el estudio del pago de mesadas y no para el retardo en el pago de sentencias judiciales; además solicita se tengan en cuenta los términos que estableció el ordenamiento procesal laboral para resolver el cumplimiento de la decisión judicial.

Finalmente, solicitó revocar la condena en costas por cuanto ha actuado de buena fe y ha venido pagando las mesadas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a la Sala establecer si la demandante tiene derecho al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. De la calidad de pensionado

Descendiendo al *sub-examine*, se advierte que no es objeto de controversia que a la demandante le fue concedida pensión de vejez mediante sentencia proferida el 31 de agosto de 2012 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Distrito Judicial Bogotá D.C., la cual fue aclarada el 29 de abril de 2013 por la misma Corporación dentro del proceso ordinario laboral radicado con el No. 019-2010-00549-01, proveídos en los que se ordenó el pago de la prestación pensional a partir del 26 de febrero de 2004, se autorizaron los respectivos descuentos por salud y se declaró probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 29 de julio de 2007 (Fls. 10 a 24 - archivo 001). Pensión que fue reconocida por parte de la enjuiciada a través de Resolución GNR 82257 de 19 de marzo de 2015, a partir del 1º de abril de 2015, mismo acto administrativo en el que

puso en conocimiento la existencia de unos títulos judiciales y dejó en suspenso el pago de las mesadas causadas con anterioridad mencionada calenda (Fls. 54 a 59 – archivo 001).

d. De la Cosa Juzgada:

Previo a avanzar con el análisis de las pretensiones deprecadas por el extremo activo, se hace necesario traer a colación lo establecido en el artículo 303 del C.G.P, normativa aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., la cual señala sobre el fenómeno jurídico de cosa juzgada, que:

> *"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*
>
> *"Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos".*

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad que sean sometidas a un nuevo debate judicial. Sobre los requisitos para que se configure la cosa juzgada, se han precisado de la siguiente forma en sentencia, SL1354-2019, Radicación No. 69847 de 3 de abril de 2019:

> *"En relación con este asunto, es oportuno indicar que la Corporación (CSJ SL1686-2017 y CSJ SL198-2019) ha establecido que para que se configure la existencia de la institución de la cosa juzgada, de acuerdo al entonces vigente artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, debe haber identidad de: (i) personas o sujetos, esto es, que se trate de los mismos demandante y demandado; (ii) objeto o cosa pedida, es decir, del beneficio jurídico que se reclama, y (iii) causa para pedir, que se refiere al fundamento fáctico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado."*

De igual manera, la Alta Corporación en sentencia SL814-2022, Radicación No. 79462 del 16 de marzo de 2022, reiterando lo expuesto en precedencia, al analizar la línea de precedente jurisprudencial en lo atinente al entendimiento que la Sala de Casación laboral ha emanado de antaño sobre esta figura, precisó lo siguiente:

> *"Sobre este tópico, la Corporación en sentencia CSJ SL11414-2016, discurrió:*
>
> *"Sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, para que sea procedente, es preciso recordar que, en ambos procesos judiciales debe concurrir los tres requisitos comunes que son: 1) Identidad de persona (eaedem personae): debe tratarse del mismo demandante y demandado; 2) Identidad de la cosa pedida (eadem res): el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo, es decir, lo que se reclama; y 3) Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama.*
>
> *"Los anteriores requisitos o elementos, se encuentran presentes en la norma que consagra la cosa juzgada, valga decir, el art. 332 del CPC hoy art. 303 del Código General del Proceso, aplicable por analogía del art. 145 del CPT y SS., que exige para su declaratoria que «el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»".*

Huelga mencionar que de antaño se ha dicho que no necesariamente el segundo proceso debe guardar total identidad con el primero, pues lo primordial es que el eje de la causa *petendi*, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos, evidencien grado de identidad, de modo tal que permita inferir al Juez que la segunda acción pretende replantear el mismo asunto antes debatido. Al respecto valga traer a colación lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia calendada el 18 de agosto de 1998, Radicación N° 10819, en la que señaló:

> *"[…] Antes del estudio de los desatinos fácticos planteados en la censura, conviene aclarar que para que en un caso determinado se configuren los elementos axiológicos del instituto procesal de la "cosa juzgada" no es*

indispensable que todos los hechos de las demandas materia de cotejo sean exactamente los mismos, ni que el conjunto del petitum sea idéntico. La ley procesal no exige para la prosperidad de esta excepción que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente en los aspectos citados. No. Lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos evidencien tal identidad esencial que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido.

"Si se llegase a la afirmación contraria bastaría que después de una sentencia judicial desfavorable la parte perdedora alterase los fundamentos fácticos de la acción desventurada o adicionara pretensiones accesorias con el objeto de enervar los inexorables e indelebles efectos de la cosa juzgada, en una tentativa vana de enmendar los errores que originaron el resultado frustrado. Tal actitud fomentaría el desgaste del sistema judicial y socavaría su seriedad, respetabilidad y prestigio. De ahí porqué resulta muy importante que quien instaure una acción tenga desde un comienzo especial cuidado en señalar de manera concreta, sintética, completa y leal todos los fundamentos de facto que le asisten a su favor, con la conciencia de que el proceso que ventila es en principio único y definitivo, y sólo tiene las etapas que la ley garantiza dentro del debido proceso por ella gobernado." (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, descendiendo al caso de marras advierte la Sala que no fue objeto de reproche que a la aquí demandante mediante sentencia le fue reconocida pensión de vejez por parte de esta Corporación en providencia calendada el 31 de agosto de 2012, la cual revocó la decisión de primer grado; decisión que fue aclarada el 29 de abril de 2013, en el sentido de precisar la fecha a partir de la cual operaba la prescripción sobre las mesadas pensionales, dentro del proceso radicado con el No. 019-2010-00549-01, como viene de verse.

Ahora bien, al examinar las piezas procesales de la presente demanda, se puede apreciar que en el referido proceso ordinario laboral con Radicación No. 2010-00549, la acción fue interpuesta por la aquí demandante, señora ADELA OCAMPO RAMIREZ, en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, entidad que fue reemplazada en la administración del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida por COLPENSIONES, encontrándose acreditado el requisito de identidad de partes.

Por otra parte, se observa que dentro del proceso 2010-00549, se peticionó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 26 de febrero de 2004, los intereses moratorios, lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas procesales; denegándose lo atinente a los intereses moratorios en segunda instancia, y en su lugar se dijo de manera expresa:

> "*INTERESES MORATORIOS:*
>
> *"Resta determinar la procedencia del pago de intereses moratorios ordenados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que establece: "a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago".*
>
> *"Conforme la naturaleza de los intereses moratorios, solo se le permite al juzgador verificar respecto de estos si la mora ocurrió, así como la calenda y monto sobre el que deben ser liquidados, tal como lo han establecido diversos pronunciamientos la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral".*
>
> *"Pero dado que todos los fondos pensionales disponen de un término prudencial de seis meses para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas, establecido en el artículo 4º de la Ley 700 de 2001, el retardo en el pago únicamente surgió una vez vencido el plazo referido, es decir, la mora inició seis meses después de radicada la petición de pensión de vejez, sin embargo, como no hay en el proceso documento que acredite la fecha de solicitud de la pensión, no puede determinarse la fecha a partir de la cual inició la mora,* ***por lo que se absolverá de los intereses moratorias dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Pese a ello, es del caso señalar que las mesadas causadas, deberán pagarse de manera indexada a la fecha de pago****, como quiera que el pensionado no puede soportar los efectos de la devaluación de la moneda, tal como ha sido ratificado en sendos pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, autorizándose además al I.S.S., para realizar los correspondientes descuentos para salud" (Fls. 6 y 7 – archivo 01)*

Aspecto que incluso fue motivo del salvamento de voto emitido el 31 de agosto de 2012 por una de las Magistradas integrantes de la Sala de Decisión que profirió la aluda providencia, en el sentido de señalar que si era viable el pago de los referidos intereses.

Así las cosas, es evidente que en el primer proceso ordinario laboral quedó zanjado lo atinente a los intereses moratorios, concluyéndose su improcedencia, e incluso de manera expresa se concedió la indexación de las mesadas *"a la fecha de pago",* motivo por el cual no resulta de recibo que se emita un nuevo pronunciamiento que contraríe la decisión judicial en firme, a efectos de ordenar el pago de intereses moratorios.

Así las cosas, *a contrario sensu* de lo aducido por la *a-quo,* para esta Colegiatura no es posible soslayar el hecho que en el presente asunto existe identidad de partes, objeto y causa con el anterior proceso; pues como se ya se dijo por parte del órgano de cierre de esta especialidad no es necesario que los hechos y las pretensiones del presente asunto sean copia fiel de los expuestos en el anterior; pues lo cierto es, que las pretensiones elevadas por la parte actora en esta demanda corresponde en parte a las interpuestas en el primer proceso, en el que se despachó de manera desfavorable lo referente a los intereses moratorios que nuevamente depreca en esta oportunidad, lo que quiere decir, que tal pedimento ya fue objeto de decisión por parte de la autoridad judicial que conoció en su momento el proceso ordinario laboral No. 2010-00549, lo que impide continuar con el estudios de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto, ya existe decisión judicial en firme al respecto, configurándose así la excepción de cosa juzgada analizada aquí de oficio.

Debe acotarse además que no es factible estimar que los procesos difieren en tanto en el presente evento se persiguen los intereses moratorios causados por el incumplimiento de la sentencia como lo estimó la *a-quo*.

Lo anterior en tanto en la primera sentencia, se determinó que frente a las mesadas pensionales causadas no procedía el pago de intereses moratorios sino la indexación y, de otra parte, ante el incumplimiento de la sentencia ya se tramitó proceso ejecutivo laboral, en el cual se dirimió también con efectos de cosa juzgada lo adeudado.

En efecto, mediante auto del 26 de abril de 2016 el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ejecutivo laboral que se adelantó, dispuso la entrega de los títulos judiciales, y *"DAR por terminado el proceso por pago total de la obligación"* (Expediente Administrativo, archivo: GRP-DJU-ST-2018_13463057-20181024103738), sin que sea factible que mediante el presente proceso se reactive una discusión judicial zanjada en el proceso ejecutivo frente a lo adeudado por la sentencia.

En ese orden de ideas, se tiene que se tramitó un primer proceso judicial, el cual determinó de manera expresa la improcedencia de intereses moratorios frente al retroactivo pensional y *a contrario sensu* ordenó el pago indexado de las mesadas *"hasta la fecha de pago"*, y de otra parte, frente al incumplimiento de la sentencia, se tramitó proceso ejecutivo laboral, el cual terminó por pago total de la obligación, y que implica que no se adeuda suma alguna de dinero por las obligaciones contraídas en la sentencia, proveído que se encuentra en firme, sin que se haya recurrido al estimarse que se adeudaban intereses de mora.

Ante tales circunstancias, no le queda otro camino a esta Sala que revocar la decisión de primera instancia en su integridad, y en su lugar declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada, atendiendo las consideraciones efectuadas en la presente decisión.

SIN CONSTAS en esta instancia. Las de primera instancia igualmente estarán a cargo de la parte actora.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada de oficio la excepción de COSA JUZGADA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **17 2019 00446 01**
Demandante:	OLGA LUCÍA TUMAY SOLORZA
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora OLGA LUCÍA TUMAY SOLORZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., a fin que se declare la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en septiembre de 1999 por intermedio de PORVENIR S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndola al error y viciando su consentimiento.

Como consecuencia de lo anterior, también se declare la nulidad de la afiliación horizontal realizada ante la AFP OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., el 14 de junio de 2017, por lo que se le debe ordenar a esta última, retornar junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubiesen causado, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Asimismo, se le ordene a COLPENSIONES recibirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que, nació el 10 de noviembre de 1966, encontrándose afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por el periodo comprendido entre el 26 de julio de 1990 y el 16 de noviembre de 1994.

Adujo que para el año 1997, cuando inició labores en la Fiscalía General de la Nación, los asesores de PORVENIR S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, limitándose a informar únicamente que dicho fondo era el más rentable, por lo que obtendría una mejor mesada pensional.

Que para el mes de julio de 2007 realizó un segundo traslado horizontal en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., sin que se le hubiese realizado proyección pensional alguna.

Que para la fecha del traslado se le indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría por lo que podría perder sus aportes y nunca se le manifestó que podría cambiar de fondo antes de los 47 años de edad, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que, al momento de la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se le informó lo concerniente a la planeación y el ahorro, lo cual implicaba 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, opción con la que no cuentan los afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que así mismo se le informó que la pensión se financia con el ahorro pensional que acumula el afiliado, así como las correspondientes rentabilidades arrojadas durante el tiempo en que se efectuaron los aportes, emolumentos que constituyen la pensión del afiliado, así como que para que se materialice dicho ahorro debe garantizar por lo menos el 110% del S.M.L.M.V.

Formuló las excepciones 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 y la innominada o genérica.

OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., adujo en su contestación que el 14 de junio de 2017 la demandante suscribió formulario de solicitud de afiliación ante sus dependencias, calenda para la cual a la actora le era plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993 para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, por lo que no se puede perder de vista que la decisión del traslado de régimen pensional fue adoptada de buena fe por parte de los fondos y de la demandante y por ende goza de efectividad.

De otra parte, adujo que en el caso de generarse la ineficacia de la afiliación, no es posible reintegrar las sumas por concepto de comisión de administración, si se tiene presente que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el porcentaje se destinó a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y sufragar los gastos de administración.

Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, SKANDIA S.A. no participó ni intervino en la selección del régimen por parte de la demandante, buena fe y genérica.

COLPENSIONES señala que no existe en el plenario prueba alguna que permita si quiera establecer la configuración de causales de nulidad, y como quiera que las mismas se encuentran taxativamente definidas en la ley, es menester probarlas para ser declararlas en virtud del principio de comunidad de la prueba; además que es evidente que la afiliación de la actora goza de plena validez, máxime si en el uso de sus facultades de libre escogencia de régimen pensional, decidió trasladarse y siguió efectuando traslados horizontales al interior del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló las excepciones de error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, e innominada o genérica.

En el transcurrir del trámite, el *a-quo* mediante proveído adiado el 8 de julio de 2021 vinculó en forma oficiosa y en calidad de litisconsorte necesario a PROTECCIÓN S.A. (Fls. 266 y 267 – CUADERNO PDF), pues adujo que la demandante estuvo vinculada en la AFP ING, hoy PROTECCIÓN S.A.

Con ocasión de lo anterior, PROTECCIÓN S.A. expuso oponerse a las pretensiones invocadas por cuanto la vinculación realizada por la demandante ante sus dependencias es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, así como que el formulario de afiliación se suscribió de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, situación que configura un verdadero contrato por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto del fondo pensional como de la afiliada.

Propuso los medios exceptivos de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación sin devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque

afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de la totalidad de los aportes a PORVENIR S.A.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 31 de marzo de 2022 declaró que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., es ineficaz y, por consiguiente, no produjo efectos jurídicos, de allí que se encuentre válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, por lo que esta última tiene la obligación de validar el retorno de la actora sin solución de continuidad.

Por consiguiente, ordenó a SKANDIA S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, traslado de dineros efectuados por las otras administradoras de pensiones, todo ello con sus frutos e intereses, sin autorización a SKANDIA S.A. a fin de mantener los dineros que descontó a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio y ser retornados a COLPENSIONES.

A su vez ordenó a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a devolver los gastos que en su momento descontaron de la cuenta de la demandante a título de gastos de administración.

Ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas y convalidarlos en la historia laboral de la demandante para los efectos a que haya lugar en ese régimen pensional, valor que deberá contemplar los gastos de administración por parte de cada uno de los demandados.

Para arribar a dicha conclusión el *a-quo* manifestó que, confrontado el primer formulario de afiliación que suscribiera la actora a través de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., se evidencia que solo se consignó una información de carácter general que contemplaba la información personal de la futura afiliada, sin que se hubiese plasmado que se haya brindado una ilustración sobre las condiciones y características del régimen pensional; por ende, PROTECCIÓN S.A. no cumplió con el *onus probandi* que le correspondía.

Adicionalmente expuso que, de conformidad con lo regulado tanto en la doctrina como en la ley, lo que opera para el caso de marras es la ineficacia y no la nulidad del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PROTECCIÓN S.A. inconforme con la decisión la apeló. Argumentó en su alzada que no es dable retornar lo atinente a gastos de administración, en tanto, la deducción de dicho rubro de la cuenta de la demandante se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exequible y vigente, aunado a ello que se trata de comisiones pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, de ahí que en caso de declararse la nulidad del traslado solo habría lugar a trasladar los aportes de la actora.

Adicionalmente, agregó que los rendimientos se generaron con ocasión de la buena gestión en la administración, precisando que dichos descuentos son ajustados a la ley de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

PORVENIR S.A. sostuvo que la línea jurisprudencial emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, establece que se debe analizar en cada caso en concreto las particularidades del mismo; de igual manera, que dentro del presente asunto no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración , pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se destina el 3% de las cotizaciones para financiar dichos gastos, pensión de invalidez y de sobrevivencia, sin que los

gastos formen parte integral de la pensión de vejez y por tanto, deberían estar sujetos a la prescripción, sumado a que, de ordenarse esa devolución se incurriría en un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las

consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble*

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede*

desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 14 de septiembre de 1994 con la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., así como luego el suscrito ante PORVENIR S.A. el 24 de marzo de 1994 y el celebrado con OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A., el 14 de junio de 2017 (Fls. 84, 89, 139 y 300 – PROCESO PDF); y si bien en el primero de los referidos formularios se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que los asesores de cada AFP que administra el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en ningún momento le presentaron una debida información basada en una asesoría y buen consejo ajustados a derecho, máxime si se tiene en cuenta que fue clara la actora en exponer que lo único que se le indicó fue

que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad existiría una mejor rentabilidad sobre una posible prestación por vejez, sin explicar la esencia propia de ambos regímenes, como tampoco las diferentes modalidades de ahorro de una pensión por vejez ni el capital pertinente para adquirir el presunto derecho en el régimen privado, adicional a que, del interrogatorio de parte fue nula la información de la primera afiliación de la demandante con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado

		acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Finalmente, con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 31 de marzo de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **17 2020 00303 01**
Demandante:	CLARA EUNICE POVEDA ROA
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuando la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLARA EUNICE POVEDA ROA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la nulidad del

traslado de régimen y afiliación efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., ante la falta del deber de información y buen consejo de la AFP que conllevó a la configuración de un vicio en su consentimiento. Asimismo, indica que, en caso de no proceder la nulidad debe prosperar la ineficacia del traslado al tenor en los términos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia se le ordene a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., que realicen los trámites a que haya lugar para reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que COLPENSIONES realice el proceso de validación del traslado de cotizaciones y se le ordene a PORVENIR S.A. realizar la devolución de todos los aportes netos con destino a COLPENSIONES, entendidos como las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, gastos de administración y demás emolumentos necesarios, debidamente indexados con sus respectivos rendimientos, durante todo el periodo en que permaneció afiliada, más lo que resulte probado en uso de als facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, expuso que nació el 26 de agosto de 1961, iniciando sus cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a partir del 18 de enero de 1985. Expuso que, para el mes de junio de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la demandada PORVENIR S.A., AFP a la que se encuentra vinculada en la actualidad. Indicó que PORVENIR S.A. no efectuó asesoramiento alguno al momento de su traslado, dado que el mismo sucedió como consecuencia del trámite de vinculación laboral a la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL META, en donde solo se le mencionó que se realizaría una revisión del saldo que correspondía a su bono pensional, pero no se indicó que se llevaría a cabo un traslado de régimen, ni en qué consistía dicho procedimiento, como tampoco las consecuencias de ello; de allí que el formulario de afiliación suscrito solo se trate de una preforma que no advierte una verdadera información.

Que al momento de su traslado no se le informó sobre el funcionamiento de su cuenta de ahorro individual, los aportes que la conforman, esto es, los porcentajes de distribución, como tampoco se efectuaron las proyecciones de su mesada

pensional entre uno y otro régimen, no se le explicó como se causaría la pensión, entre otros aspectos desinformativos de su afiliación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contrato. Adujo como argumento el hecho que el traslado de régimen de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. se realizó con su plena voluntad, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación, cumpliendo con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, y lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica,

A la demandada PORVENIR S.A. se le tuvo por no contestada la demanda a través de proveído adiado el 23 de noviembre de 2021 (Fls. 156 a 158 – PDF EXPEDIENTE DIGITAL).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de abril de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción formuladas por COLPENSIONES.

Por lo anterior, declaró que el traslado efectuado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. fue ineficaz, por lo que no produjo efectos jurídicos; de allí que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, lo que conlleva a su vez a que esta última tenga el deber legal de validar su vinculación sin solución de continuidad.

Además, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiese lugar, rendimientos e intereses, gastos de administración que en su

momento descontó de los dineros de la actora, los cuales deben ser asumidos por parte de la AFP de su propio patrimonio.

Igualmente, le ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen de la demandante, y convalidarlos en su historia laboral para los efectos a que haya lugar.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que, atendiendo los postulados tanto legales como jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les corresponde a las AFP en atención de la carga probatoria, acreditar que al momento del traslado de sus afiliados hubiesen llevado a cabo una debida asesoría, entendida esta como una información detallada sobre las características, ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, situación que no logró ser demostrada por PORVENIR S.A. dentro del presente asunto, en tanto, además del formulario de traslado que suscribiera la demandante en el año 1999, no se advierte la asesoría plena que le asistía, entendida como una información clara, veraz, completa y precisa que le permitiese entender las consecuencias de su decisión de traslado.

Lo anterior lo sopesó más aún, en el hecho que la demandante no confesó el suministro de una asesoría acorde a lo reglamentado que advierta una debida información, de ahí que se configurara la ineficacia del traslado pretendida al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Adujo en su alzada que, la demandante siendo una persona mayor de edad y totalmente capaz, firmó un formulario de afiliación indicando que conoció las implicaciones, por lo que no se puede auscultar la existencia de un engaño o falta de información, máxime que aportó con destino al fondo privado durante más de 20 años, sin que haya elevado ningún tipo de queja o reclamo por falta de información.

Que si lo anterior no resulta suficiente para impartir absolución, manifestó que el operador de instancia no manifestó cuál era el documento que se les exigía a las administradoras pensionales, y en qué normas se encuentra soportado, aunado a

ello que el formulario de afiliación se presume válido y auténtico para demostrar que la información suministrada en su entonces a la actora fue completa. De igual manera, que la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal que regula la Ley 797 de 2003, por lo que no es dable que esta se excuse ante una falta del deber de información simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde de sus aspiraciones.

Al unísono, encontró inconformidad en lo que atañe a la condena impuesta por el retorno de los gastos de administración, ello por cuanto el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, indica que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se debe fijar un 3% de cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, máxime si estos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez, esto es, que no se puede entender como un emolumento que le corresponda al afiliado en ninguno de los dos regímenes pensionales y, aunque se declara no probada la excepción de prescripción, si se confrontan los gastos de administración se puede concluir que los mismos se envuelven dentro del término trienal prescriptivo, por lo que de ordenarse la devolución se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para abordar el problema jurídico planteado, se ha de tener en cuenta que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna, todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible a efectos de tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que

recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, en el presente proceso se allega el formulario de afiliación que suscribió la parte actora el 25 de mayo de 1999 con la AFP PORVENIR S.A. (Fls. 24 y 295 – PDF CUADERNO DIGITAL), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y espontánea, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las*

afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

De otra parte, del interrogatorio de parte practicado a la accionante no se desprende que haya confesado una debida asesoría y por consiguiente una adecuada información por parte de PORVENIR S.A. al momento de la afiliación; por el contrario, lo que manifestó es que para el momento del traslado, había iniciado labores en la Gobernación del Departamento del Meta, por lo que la persona encargada del área de Talento Humano de la entidad le otorgara el formulario para su suscripción, sin que en ningún momento hubiese sido asesorada por la AFP PORVENIR S.A.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

En lo que atañe a la devolución de los gastos de administración y prima de seguros previsionales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Por lo anterior, al tenerse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP PORVENIR S.A. no realice la devolución de los gastos de administración, ni las primas de seguros previsionales y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En igual sentido, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad*

de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

En igual sentir, en reciente sentencia SL1440 del 2021, dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en

tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la demandante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Respecto de la prescripción siendo este uno de los motivos del recurso de apelación de PORVENIR S.A., debe precisarse que como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social*

y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción", motivo por el cual, no resulta dable tal fenómeno jurídico, lo cual también de predica de los gastos de administración, en tanto todos los emolumentos deben retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

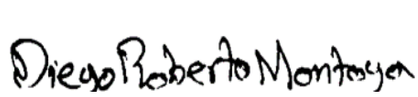
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de la accionada recurrente, lo cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, el tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 05 **020 2021 00239 01**
Demandante: MARIA NELLY SANTOS ANDRADE
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA NELLY SANTOS ANDRADE promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, a fin de declararse que es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 del 15 de abril de 1998, suscrita entre la CAJA AGRARIA y la

Organización Sindical SINTRACREDITARIO, siendo retirada de la CAJA AGRARIA el 27 de junio de 1999 por liquidación de la entidad, sin haber cumplido 50 años de edad y 20 años de servicios laborados a la misma.

Asimismo, se declare que su derecho pensional de carácter convencional se causó el 27 de junio de 1999 ante su retiro y por decisión de la CAJA AGRARIA, cuando se dio por finalizado su contrato de trabajo ante la liquidación de dicha entidad y haber laborado por más de 20 años, ello de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999.

Que su derecho pensional de carácter convencional fue adquirido con anterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que la cobija, fue suscrita el 15 de abril de 1998, de ahí que le asista el derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, desde la fecha en que cumplió 50 años de edad, esto es, el 8 de septiembre de 2006.

En virtud de lo anterior, se condene a la encartada a restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada 14 que se causó desde el 8 de septiembre de 2006 y a futuro, junto con la correspondiente indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

La accionante señaló que prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO durante más de 20 años, vínculo que finalizó el 27 de junio de 1999 de manera unilateral por el empleador.

Que al momento de su despido tenía más de 20 años y no había cumplido los 50 años de edad, adquiriendo el derecho a la pensión convencional el 27 de junio de

1999, calenda para la cual se le despidió, y que se hizo exigible al cumplimiento de los 50 años de edad.

Adujo igualmente que la CAJA AGRARIA emitió la Resolución RD 04841 del 18 de octubre de 2006 por medio de la cual le reconoció una pensión de jubilación convencional a partir del 8 de septiembre de 2006, pagándosele una primera mesada pensional en cuantía de $979.106.70, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, el cual ascendió a la suma de $1.305.475.60, junto con el reconocimiento y pago de la mesada 14.

Reseñó además, que el último salario promedio devengado para determinar la primera mesada pensional no fue indexado, aunado a que, el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a través de la Resolución 2234 del 9 de julio de 2012, actualizó o indexó el salario promedio devengado durante el último año de servicios, elevando la primera mesada pensional a la suma de $1.555.170.55 a partir del 8 de septiembre de 2006, pero suspendiendo de manera unilateral el pago de la mesada 14.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP contestó la demanda, indicando que fue constituida como una entidad cuyo objetivo principal es reconocer y administrar derechos pensionales a cargo de administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Orden Nacional, o de las Entidades Públicas del Orden Nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando, así como efectuar tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la

Protección Social, junto con cobro de las mismas, en coordinación con las demás entidades del Sistema de la Protección Social, conforme lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 575 de 2013.

Que por tal razón, no le fueron asignadas funciones como administradora de fondo de pensiones, por lo que no está habilitada para administrar recursos provenientes del sistema pensional, hacer traslado de saldos, aprobar traslados de regímenes de pensionados y demás obligaciones reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En lo que concierne al pago de la mesada 14, indicó que tal aspecto resulta improcedente al tenor de lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de febrero de 2022, condenó a la UGPP a restablecer y, por tanto, pagar la mesada 14 o mesada adicional de junio, causada desde el mes de septiembre de 2012, y a futuro, junto con la respectiva indexación sobre cada mesada dejada de cancelar sobre este concepto.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que, no fue controversia el estatus pensional ostentado por la demandante, pues le fue reconocida pensión de jubilación desde el 8 de septiembre de 2006, prestación que se causó al momento del retiro que lo fue el 26 de julio de 1999, quedando condicionada al cumplimiento de la edad pactada en la Convención Colectiva de Trabajo.

Que así las cosas, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la mesada 14 goza de pleno derecho si la misma fue estatuida con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, incluso en escenarios de pensiones de jubilación, de tal suerte que no debe existir diferencia alguna en relación con la naturaleza jurídica y la pensión reconocida para efectos del beneficio del pensionado a recibir la mesada adicional, pues como se adujo, la pensión otorgada a la actora fue causada con anterioridad a la vigencia del mentado Acto Legislativo 01 de 2005, de ahí que se deba respetar el pago de la mesada 14, en tanto, el Inciso 9º del artículo 48 de la Constitución fue claro en precisar que en materia pensional se respetan todos los derechos adquiridos con anterioridad del 25 de junio de 2005.

Lo anterior, por cuanto no se pueden afectar situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores, máxime si la encartada le venía reconociendo a la actora el pago de la mesada 14, aunado a que la jurisprudencia ha sido enfática en destacar la fecha en que se causa la pensión y la exigibilidad del derecho pensional, última que se condiciona al cumplimiento de la edad, pero con el derecho ya adquirido; circunstancia por la cual, es de recibo disponer que la demandada deba pagar la mesada objeto de reproche por la actora causada desde el mes de septiembre de 2012 cuando le fue suspendida y a futuro, con la respectiva indexación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la UGPP presentó recurso de apelación. Expuso en la alzada que se tiene por acreditado que la demandante no cumple con los requisitos para hacerse acreedora de la mesada adicional objeto de reproche en tanto, debe tenerse en cuenta lo preceptuado en la sentencia C-178 de 2007, en la que se estableció que solo se continuaría percibiendo el pago de 14 mesadas quienes al 25 de julio de 2005 ya tuvieren la calidad de pensionados, hubiesen

reunido todos los requisitos para tal efecto y que la prestación no excediese de los 3 S.M.L.M.V., derecho que se adquiere no desde el momento de la causación sino de su reconocimiento que para el caso de marras sucedió el 8 de septiembre de 2006, adicional a que su prestación excedió los 3 S.M.L.M.V.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, que argumenta le fue suspendida por parte de la entidad demandada.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el tema objeto de controversia, hay que precisarse que no fue objeto de reproche que a la aquí demandante le fue reconocida una pensión de jubilación de carácter convencional a partir del 8 de septiembre de 2006 en cuantía inicial de $979.106.70, ello por cuanto, fue beneficiaria de dicha prestación en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que suscribiera la extinta CAJA AGRARIA y el Sindicato SINTRACREDITARIO, conforme lo acredita la Resolución DP 04841 del 18 de octubre de 2006 (Fls. 4 a 7 – CUADERNO 01 – DEMANDA).

Tampoco el hecho que, a través de Resolución No. 2234 del 9 de julio de 2012, le fue reliquidada la pensión a la actora con ocasión de una decisión judicial debidamente ejecutoriada; circunstancia por la cual, se dispuso que su primera mesada pensional ascendería a la suma de $1.555.170.55, la cual ajustada al año 2012 ostentaba un valor de $2.018.356.04 (Fls. 8 a 12 – CUADERNO 01 – DEMANDA).

En igual sentido, según se desprende de la certificación de pagos emanada por el FOPEP (Fls. 13 a 16 – CUADERNO 01 – DEMANDA), que la última mesada adicional percibida por la actora - mesada 14 -, fue cancelada para el mes de junio de 2012.

Ahora bien, como ya se adujo, la controversia en el *sub-lite* gravita en torno a que según el actor la encartada mediante la Resolución No. 2234 del 9 de julio de 2012 suspendió de manera unilateral el pago de la mesada 14.

Al respecto, debe memorarse, por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año*[1]"

Sin embargo, en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es, el Parágrafo 6° transitorio en el que se establece:

> ***"Parágrafo transitorio 6º.*** *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

[1] *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".*

De tal manera, tienen derecho a la mesada 14 aquellos que causen la pensión con anterioridad al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, o quienes acrediten el cumplimiento del derecho a la prestación con posterioridad a dicha calenda y hasta el 31 de julio de 2011, siempre que su mesada sea inferior a los 3 S.M.L.M.V.

Igualmente, es menester rememorar la diferencia entre el momento de causación del derecho y el de su reconocimiento o disfrute como en el caso que aquí nos ocupa; en función de ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha abordado un caso de similares condiciones como el aquí debatido, en el que se reconoce una pensión convencional a la parte actora y se estudia el alcance del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 entre el ex empleador de la demandante y el sindicato SINTRACREDITARIO, sentencia SL3438-2021 Radicación No. 85640 del 16 de junio de 2021, estableciendo lo siguiente:

> *"Pues bien, la Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la interpretación y alcance de la normativa trascrita y, en particular, respecto al primer parágrafo allí estipulado. Precisamente, en la sentencia CSJ SL526-2018 señaló que: (i) aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada entidad, y (iii) el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años si es mujer o 55 si es hombre.*
>
> *"En esas condiciones, en el citado precedente la Sala concluyó que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa. Por tanto, tiene razón la censura en cuanto afirma que la edad constituye una condición individual de mera exigibilidad, goce o disfrute de la prestación, pero no de su formación o estructuración.*
>
> *"Bajo el anterior panorama, dado que no se discute que para el 27 de junio de 1999, fecha de desvinculación del actor de la empresa, aquel tenía más de*

20 años de servicios a favor de la Caja Agraria, es evidente que en ese momento adquirió el derecho pensional convencional y únicamente quedó a la espera de cumplir la edad para poder exigir su reconocimiento".

Por ende, según la jurisprudencia traída a colación los requisitos de causación o configuración del derecho pensional contenido en la Convención Colectiva de 1998-1999 suscrita entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el sindicato SINTRACREDITO, la cual cobijaba a la demandante, son el tiempo de servicios y el retiro de la empresa, siendo este último momento el de causación de la mentada pensión y, por tanto, el de su estructuración, sin que en ello tenga incidencia el cumplimiento de la edad, lo cual termina siendo necesario solo para su disfrute y reconocimiento.

Así las cosas, en el evento de la demandante la causación del derecho sucedió el 27 de junio de 1999, tal y como obra en la Resolución 04841 del 18 de octubre del 2006, por medio de la cual la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACION reconoció la pensión de jubilación convencional. Por ello, es que al haber causado el derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, este no puede ser permeado por sus disposiciones e interpretaciones, como lo es la citada sentencia C-178 de 2007 por la parte recurrente, pues si bien el reconocimiento de la pensión fue el 8 de septiembre de 2006, resultado de haber cumplido la edad requerida en la norma convencional, el derecho pensional ya había sido causado y por tanto adquirido el 27 de junio de 1999, argumento que valida la misma jurisprudencia recogida en esta oportunidad más precisamente sobre la procedencia de la mesada adicional de junio:

"Por otra parte, se advierte que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o «mesada catorce», pues se reitera, causó la pensión cuando se produjo su desvinculación luego de más de 20 años de servicios, esto es, el 27 de junio de 1999, por lo que su derecho no está afectado por las reglas que al efecto establece el Acto Legislativo 01 de 2005 porque la prestación se causó antes de que esta normativa entrara

en vigor. Además, las mesadas adicionales también proceden para las pensiones convencionales (CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 54265 y SL1925-2021)."

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2769-2021, Radicación No. 82576 del 21 de junio de 2021, señaló:

"De ahí que, el demandante tiene derecho a que la liquidación de la prestación pensional extralegal, se realice con la respectiva actualización monetaria de la base salarial del último año de servicios que para el año 1999 ascendió al valor de $1.490.503, lo que conduce a que para la fecha en que se cumplió la edad de 55 años de edad, es decir, el 10 de septiembre de 2012, hechas las operaciones por el grupo de actuaría de esta Sala, dicho valor ascienda a la suma de $3.118.106 que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75%, conforme a la cláusula 41 de la Convención Colectiva de Trabajo,- arroja una mesada inicial de $2.338.580, que deberá ser reajustada anualmente conforme a la ley, operación aquella que se resume en el siguiente cuadro:

"[…]

"De otra parte, como quiera que la pensión se causó antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el accionante tiene derecho a 14 mesadas al año".

Respecto del momento en que se le debe restituir el pago de la mentada prerrogativa, es pertinente señalar que obra en el expediente el certificado expedido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional-FOPEP (Fl. 13 a 16 del documento digital 01 2021-239 ORD-FLS.1-110Demanda y anexos), el cual contiene los periodos en los que se pagaron las mesadas pensionales reconocidas desde 2006, incluida la mesada 14, última que se vino cancelando en debida forma hasta el año 2012, pero suspendiéndose para pago a partir del año 2013; circunstancia por la cual, es menester su reactivación.

Dado lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado en este aspecto, máxime si se tiene en cuenta que la indexación se torna procedente, por como lo sostuvo el operador de instancia, es palmario que ante la existencia del fenómeno inflacionario el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir el

demandante desde el momento de su causación ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justica más recientemente en sentencia SL1446-2022, Radicación No. 87836 de 26 de abril de 2022, al referirse a la indexación de las mesadas pensionales memoró lo siguiente:

> "*En su lugar, dicho monto debe ser indexado a la fecha del pago, toda vez que, según se explicó en la providencia CSJ SL815-2021,*
>
> *[…] tal corrección monetaria pretende impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario, en procura de que la obligación se satisfaga de manera completa e integral (SL359-2021).*
>
> *[…]*
>
> *"en la sentencia CSJ SL5045-2018, la Corporación ha reiterado que:*
>
> *[…] existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «[…] una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), (…); y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica."*

Finalmente, se deberá modificar el numeral primero, a efectos de establecer que la reactivación opera desde el mes de junio de 2013. Costas a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de establecer como la fecha en que se debe restituir el pago de las mesadas adicionales de junio, o mesada 14, es desde el mes de junio de 2013, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia bajo estudio.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

Agencias en derecho: Se fija como valor de agencias en derecho a cargo de la parte demandada la suma de 1 SMLMV, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	11001 31 050 **20 2021 00312 01**
Demandante:	LUZ MARINA GARCÍA GARCÍA
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a CINDY BRILLITH BAUTISTA CÁRDENAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.022.361.225 y T.P. 237.264 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, ello por cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses, según lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ MARINA GARCÍA GARCÍA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que la estructuración y disfrute de la pensión de vejez es a partir del 1º de mayo de 2019, al haberse cumplido los requisitos de edad, semanas de cotización y desafiliación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por consiguiente, se condene a la encartada a cancelar las mesadas pensionales comprendidas entre el mes de mayo de 2019 y el mes de septiembre de 2020, el pago de intereses moratorios en los términos de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, sostuvo que nació el 19 de mayo de 1961, lo que conllevó a que solicitara el 7 de mayo de 2019 ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que la encartada mediante Resolución SUB 250923 del 13 de septiembre de 2019 negó la prestación, bajo el entendido que era menester dejar en suspenso su derecho pensional, en tanto se adelantaba una investigación por supuestas inconsistencias en el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que frente a la anterior decisión interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, a lo cual, la entidad a través de Resolución SUB

306880 del 8 de noviembre de 2019 confirmó la resolución primigenia, negativa que incluso se mantuvo en la Resolución DPE 4356 del 16 de marzo de 2020.

Expuso que el 25 de agosto de 2020 solicitó nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que mediante Resolución SUB 200423 del 18 de septiembre de 2020 le fue reconocida la prestación a partir del 1º de octubre de 2020, en cuantía inicial de $8.327.273.

Refirió que cotizó válidamente desde el 3 de mayo de 1982 hasta el 30 de abril de 2019, lo que arroja un total de 1750.29 semanas según se desprende de la historia laboral, por lo que la pensión debió reconocerse a partir del 1º de mayo de 2019.

Indicó que se retiró del sistema el 1º de septiembre de 2019, fecha de su desvinculación laboral con el empleador PRODESA Y CIA S.A., aunado a que la encartada generó una demora injustificada en el pago de la pensión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución SUB 200423 del 18 de septiembre de 2020, a partir del 1º de octubre de 2020 y en cuantía inicial de $8.327.273, calenda para la cual, de conformidad con el estudio pensional efectuado, era viable el reconocimiento, en tanto en la historia laboral no reportaba novedad de retiro con la empleadora PRODESA Y CIA S.A. para el mes de abril de 2020.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora, la pensión de vejez reconocida mediante Resolución SUB 200243 del 18 de septiembre de 2020, a partir del mes de mayo de 2019, ordenando el pago del retroactivo pensional sobre las mesadas causadas y no pagadas entre el 1º de mayo de 2019 y el 30 de septiembre de 2020.

Asimismo, condenó a la demandada al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas causadas y no pagadas entre el 1º de mayo de 2019 y el 30 de septiembre de 2020, liquidados a partir del 7 de noviembre de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia manifestó que, se encuentra plenamente acreditado que la demandante nació el 19 de mayo de 1961 según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, por lo que si bien cumplió con la edad requerida para acceder a su derecho pensional desde el mismo día y mes del año 2018, era necesario para la concesión de la pensión de vejez que se verifique el retiro del Sistema General de Seguridad Social en

Pensiones de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990.

A pesar de ello, conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la pensión se causa cuando el afiliado ha dejado de cotizar al entenderse dicha situación como un retiro tácito del sistema, por lo que, para el caso de marras la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, esto es, independientemente que se reporte la novedad de retiro con la letra P o R, o incluso no se reporte.

Como consecuencia de lo anterior, el *a-quo* adujo que teniendo en cuenta el reporte de semanas cotizadas, la última cotización se llevó a cabo para el ciclo de abril de 2019, calenda última para la cual ya acreditaba la edad mínima de pensión, de ahí que haya concluido que la pensión de la demandante debía percibirse a partir del 1º de mayo de 2019.
De otra parte, expuso que no goza de prosperidad la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES en los términos de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

En lo que respecta al pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adujo que la demandante reunió los requisitos pensionales a partir del 1º de mayo de 2019, presentando la reclamación a COLPENSIONES el 7 de mayo de la misma anualidad; sin embargo, el ente de seguridad social no reconoció la pensión pese a que, desde el estudio primigenio podía establecerse plenamente la causación del derecho, de manera que la encartada sí se constituyó en mora de las mesadas causadas y no pagadas desde el 1º de mayo de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2020, liquidada desde la fecha del vencimiento de los seis meses que tiene la entidad

responder la solicitud, esto es, cuatro meses para pronunciarse sobre el derecho y dos para pagar que lo fue el 7 de mayo de 2019.

Bajo esta égida, dispuso que a partir del 7 de noviembre procedía la condena sobre este concepto y hasta la fecha de efectivización del pago correspondiente.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Adujo en su alzada la improcedencia de las condenas impuestas incluyendo las costas y agencias en derecho, como quiera que se debe dar aplicación a lo establecido en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues como administradora pensional no puede determinar sobre el goce efectivo del derecho, por lo que es palmario que la actora no presentó novedad de retiro al sistema, misma situación por la que no goza de prosperidad la condena por concepto de intereses moratorios.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si goza de

prosperidad el retroactivo pensional pretendido por la señora LUZ MARINA GARCÍA GARCÍA, junto con el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que la demandante en inicio solicitó el derecho pensional el 7 de mayo de 2019, el cual fue negado por la encartada a través de las Resoluciones SUB 250923 del 13 de septiembre de 2019, SUB 306880 del 8 de noviembre de 2019 y DPE 4356 del 16 de marzo de 2020 (Fls. 60 a 66, 68 a 74 y 76 a 82 – PDF 01 – DEMANDA Y ANEXOS). Ello con el argumento que, para la data de la solicitud elevada se encontraba adelantando una investigación administrativa sobre el caso de la demandante, toda vez que se habían encontrado inconsistencias en su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que no se efectuaría resolución de fondo de la prestación hasta tanto no fuese concluido el proceso penal que se instaurara.

Tampoco el hecho que, mediante la Resolución SUB 200423 del 18 de septiembre de 2020, COLPENSIONES reconoció pensión a la demandante bajo la égida de la Ley 797 de 2003, prestación que fue otorgada a partir del 1º de octubre de 2020, con el argumento que la señora LIZ MARINA GARCÍA GARCÍA no había acreditado la novedad de retiro en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, con una primera mesada pensional equivalente a $8.327.273 (Fls. 83 a 91 – PDF 01 – DEMANDA Y ANEXOS).

Así las cosas, es necesario manifestar que la actora al haberse pensionado de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, el artículo 9º de dicha disposición determina como requisitos los siguientes:

*"**ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015."

Además de lo anterior, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad establecen:

***"Artículo 13. Causación y disfrute de la pensión por vejez.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

***"Artículo 35. Forma de pago de las pensiones por invalidez y vejez.** Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona."*

Ahora bien, se tiene sentado que en materia pensional la fecha de causación de la pensión difiere de la fecha de disfrute de la misma, tratándose la primera de la calenda en la cual el afiliado acredita los requisitos de edad y densidad de

semanas exigidos por el Legislador para acceder al derecho pensional y, la segunda, el momento a partir del cual tiene derecho a entrar a percibir dicho monto, como quiera que, para ello se requiere tener en cuenta hasta la última semana de cotización y se requiere verificar el retiro del sistema, acorde lo dispone el artículo 35 del Decreto 758 de 1990.

Al margen de lo enunciado, también debe recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de vieja data tiene puntualizado que la fecha de disfrute puede ser anterior al momento en el cual se efectuó la última cotización, en aquellos casos en que se logre corroborar que el afiliado continuó realizando el pago de los aportes por un error de la administradoras ante la negativa de conceder el derecho pensional o, cuando quiera que se denote que el afiliado realizó cualquier tipo de conducta tendiente a no continuar con las cotizaciones. Criterio vertido entre otras, en la sentencia SL5603-2016, Radicación No. 47236 del 6 de abril de 2016, en la que indicó:

> *"El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*
>
> *"Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.*
>
> *"No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.*
>
> *"Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada*

en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

"También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

"En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

"Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

"En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

"Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda

comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798)."

La anterior disposición, ha sido tratada en recientes decisiones como lo son las sentencias SL5121-2020, Radicación No. 79630 del 14 de diciembre de 2020, SL5160-2020, Radicación No. 57313 del 9 de diciembre de 2020, SL1295-2022, Radicación No. 86400, entre otras.

Bajo este contexto, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, nació el 19 de mayo de 1961, por lo que la edad de 57 años la cumplió el mismo día y mes del año 2018, realizando su última cotización en el mes de abril del año 2019 como dependiente del empleador PRODESA Y CIA S.A. según lo corrobora la historia laboral emitida por COLPENSIONES el 31 de mayo de 2021 (Fls. 10 y 11 a 22 – PDF 01 – DEMANDA Y ANEXOS), sin que para esta última calenda se hubiese presentado la novedad de retiro en los términos dispuestos en el Decreto 758 de 1990.

A pesar de lo anterior, conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y como lo determinó el *a-quo*, clara fue la intención de la demandante de no continuar efectuado cotizaciones al sistema con posterioridad al mes de abril de 2019, calenda para la cual acreditaba de manera ostensible el número de semanas necesarias para hacerse beneficiaria del derecho pensional, incluso superiores en trascendencia como lo fue el tope de 1750.29; circunstancia por la cual, no resulta de recibo que la encartada al expedir la Resolución SUB 20423 del 18 de septiembre de 2020, tan solo dispusiera reconocer el derecho con corte de nómina, máxime si se tiene en cuenta que con anterioridad ya había exteriorizado la decisión de acceder a la prestación económica, tal como se extrae de las Resoluciones SUB 250923 del

13 de septiembre de 2019, SUB 306880 del 8 de noviembre de 2019 y DPE 4356 del 16 de marzo de 2020, en las que no se pronunció del derecho pensional aduciendo la existencia de una investigación de carácter penal, lo que conlleva a que la decisión de primer grado se confirme por este aspecto, en el entendido que resultaba procedente el pago de la prestación a partir del 1º de mayo de 2019.

d. De los intereses moratorios.

En tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*
>
> *"El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:*
>
> *"A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.*
>
> *"Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).*
>
> *"En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.*

> *"Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Posición que se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo regulan diferentes decisiones, entre ellas, la SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, SL1427-2022, Radicación No. 91371 del 4 de mayo de 2022, SL1416-2022, SL1416-2022, Radicación No. 83606 del 4 de mayo de 2022.

Bajo esta exégesis, a criterio de la Sala la condena por concepto de intereses moratorios impuestos en primer grado habrá de confirmarse, pues no resulta de recibo que COLPENSIONES no haya estudiado la prestación del demandante por la existencia de una investigación respecto de una presunta irregularidad en el traslado de régimen pensional más aún si desde la primera solicitud que elevó la señora LUZ MARINA GARCÍA GARCÍA el 7 de mayo de 2019, transcurrió un tiempo considerable hasta la expedición del acto administrativo del reconocimiento pensional, esto es, la Resolución SUB 200423 del 18 de septiembre de 2020, lo que advierte una notoria mora injustificada en la obligación de resolver la prestación de la demandante.

A pesar de ello, se debe acotar que el pago de los intereses moratorios debe efectuarse cuatro meses siguientes a la presentación de la solicitud, así lo asentó la Alta Corporación en sentencia SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, donde sostuvo:

> *"Si bien, la jurisprudencia ha considerado que existen situaciones excepcionales, a partir de las cuales no resulta viable imponer los intereses y el deudor puede ser relevado del pago, el hecho de que la*

prestación no esté regulada por la Ley 100 de 1993, no es precisamente una de ellas. Así las cosas, se revocará el punto tercero de la decisión que puso fin a la instancia inicial y, en su lugar, condenará a Colpensiones, a pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

***Se causarán a partir del día siguiente al vencimiento de los 4 meses que confiere la ley para resolver la solicitud hasta la fecha del pago**. Como en el presente caso, Neftalí de Jesús Tobón Parra reclamó la pensión especial el 13 de agosto de 2013, correrán a partir del 14 de diciembre del mismo año."*

Bajo tal apremio, al haberse presentado la fecha de solicitud de la prestación el 7 de mayo de 2019, como se comprueba de la Resolución SUB 250923 del 13 de septiembre de 2019, la condena sobre este concepto debería imputarse, pero a partir del 7 de septiembre de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago del retroactivo pensional dispuesto por el fallador de instancia. No obstante, en virtud de la *no reformatio in pejus,* se mantendrá incólume la decisión de primer grado en este aspecto.

e. De la excepción de prescripción.

Por último, se deja asentado que no hay lugar a declarar probado el medio exceptivo, en tanto, como ya se refirió la demandante gozaba del derecho pensional a partir del 1º de mayo de 2019, presentándose la demanda el 9 de junio de 2021 como da cuenta el Acta individual de reparto (Fl. 99 - – PDF 01 – DEMANDA Y ANEXOS), de ahí que no haya operado el fenómeno prescriptivo de ninguna de las mesadas pensionales pretendidas al tenor de lo preceptuado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

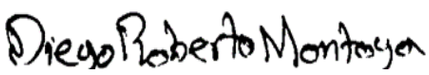
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

Agencias en derecho: Se fija como valor de agencias en derecho a cargo de la parte demandada la suma de 1 S.M.L.M.V., la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **21 2021 00068 01**
Demandante: JAVIER DE JESUS VÁSQUEZ VALENCIA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ORIANA ESPITIA GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía 1.034.305.197 y T.P. 291.494 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la sentencia de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAVIER DE JESUS VÁSQUEZ VALENCIA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que le asiste el derecho a que le sea reconocida la pensión de invalidez a partir del 20 de septiembre de 2018.

Por consiguiente, se condene a la encartada al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez por el periodo comprendido entre el 20 de septiembre 2018 y el 30 de noviembre de 2020, el pago de intereses moratorios a partir del 24 de febrero de 2021 y hasta que se efectúe el correspondiente pago del retroactivo, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, adujo que se afilió para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, siendo calificado con una disminución de pérdida de capacidad laboral del 50.19% a razón de una enfermedad de origen común y fecha de estructuración el 20 de septiembre de 2018.

Que por tal razón, mediante Resolución SUB 264130 del 4 de diciembre de 2020 le fue reconocida pensión de invalidez en cuantía de $877.703, a partir del 1º de diciembre de 2020, por lo que, contra dicho acto administrativo interpuso recurso de apelación con la finalidad que le fuese reconocido un retroactivo con ocasión del reconocimiento de su prestación, comprendido entre el 20 de septiembre de 2018 y el 30 de noviembre de 2020, junto con los intereses moratorios y subsidiariamente su indexación.

Dicho recurso fue resuelto por la entidad a través de la Resolución DPE 508 del 2 de febrero de 2021, confirmando la decisión recurrida con el argumento que

el certificado de incapacidades laborales emitido por COOMEVA EPS no cumple con los requisitos exigidos por la entidad para acreditar el pago de incapacidades.

Por último, adujo que la EPS COOMEVA certificó que le fueron pagadas incapacidades por el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 2012 y el 6 de diciembre de 2017.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Aceptó el reconocimiento pensional de invalidez otorgado a la demandante, pero en lo que respecta al retroactivo deprecado por la actora y demás pretensiones de carácter condenatorio, adujo no proceder condena alguna en tanto si bien se aportó certificado de pago de incapacidades, no se especifican los periodos que fueron cancelados, de ahí que dicha documental no cuente con la autenticidad, integridad, idoneidad e inalterabilidad a efectos de probar el pago de incapacidades, situaciones todas por lo que la pensión del demandante se reconoció a corte de nómina.

De la misma manera, expresó que no procede el pago de los intereses moratorios ya que estos solo se causan conforme a las mesadas que no se paguen a tiempo después del sexto mes siguiente a la solicitud de reconocimiento pensional, siempre y cuando se cumplan los requisitos contenidos en las sentencias T-5800 de 2003, C-1024 de 2004 y SU-065 de 2018. Seguidamente, expuso que la indexación tampoco es dable pues esta es incompatible con los intereses moratorios solicitados.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración al pago del I.P.C. ni indexación o

reajuste alguno, no procedencia al pago de costas en instituciones prestadoras de seguridad social del orden público, carencia de causa para demandar, buena fe, compensación, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de abril de 2022, declaró que al actor le asiste el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez desde el 20 de septiembre de 2018. Por ello, condenó a COLPENSIONES pagar a favor del demandante la suma de $24'739.827 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 20 de septiembre de 2018 y el 1 de diciembre de 2020.

Asimismo, condenó a la encartada pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 29 de febrero de 2021 y hasta la fecha efectiva de su pago. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLPENSIONES, incluyendo el valor de $1'000.000 por concepto de agencias en derecho.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* manifestó en primer lugar que, a la actora le fue calificada una pérdida de capacidad laboral del 50.19%, con una fecha de estructuración a partir del 20 de septiembre de 2018 por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y, como consecuencia de ello, le fue reconocida por parte de COLPENSIONES una pensión de invalidez mediante la Resolución SUB264130 del 4 de diciembre de 2020 por cumplir con los requisitos preceptuados en la Ley 860 de 2003, prestación que se concedió a partir de 2020.

Que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que la pensión de invalidez no es otra que amparar al asegurado desde la fecha que pierde su capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%, más aún cuando el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que el

derecho pensional debe pagarse de manera retroactiva desde la fecha que se produzca el estado de invalidez, sin desconocer la incompatibilidad del pago simultáneo de mesadas pensionales de invalidez y el subsidio de incapacidad temporal, aunado a que el órgano de cierre también ha manifestado que aunque son prestaciones con fuente de financiación diferentes, su reconocimiento obedece a circunstancias excluyentes en el afiliado como lo es la pérdida de capacidad laboral que por obvias razones no pueden ser indemnizadas de manera concomitante.

Que en con ocasión de las probanzas allegadas al juicio, obran dos certificaciones, la primera de ellas se circunscribe a que COOMEVA EPS certificó que los periodos comprendidos entre el 18 de octubre de 2012 y el 2 de octubre de 2018, se reconoció una incapacidad desde diciembre de 2018 hasta el mes de diciembre de 2017 de manera discontinua y con anterioridad a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral; no obstante, obra dentro del plenario otra incapacidad expedida por la EPS comprendida entre el 4 y el 5 de octubre de 2018, por lo que, para verificar su validez fue que se decretó una prueba de oficio en la audiencia del artículo 77 del C.P.T.S.S., consistente en que la EPS COOMEVA certificara el estado de las incapacidades, cumpliendo la entidad prestadora de salud con el pedimento y corroborando la información sin que las mismas hayan sido pagadas.

Por tal razón, estableció que la nueva certificación allegada ausculta que a la demandante le fueron transcritos dos días de incapacidad entre el 4 y 5 de octubre de 2018, sin que las mismas hubiesen sido pagadas, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, no existe prueba que advierta que con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fueran pagadas incapacidades, resaltando que la negación indefinida estipulada en la demanda de no haber recibido subsidios de incapacidad no requiere prueba y traslada la carga demostrativa a la demandada de probar tal situación; sin embargo, y expresando que si bien la parte actora podría estar en mejor posición para probar lo dicho, esto no era

óbice para que la carga de la prueba no se trasladara a la demandada, puesto que el demandante cumplió con el aporte de la certificación y fue COLPENSIONES quien alegó la no validez de la misma y además se apoyó en el pago de las incapacidades para negar la solicitud del demandante mediante los actos administrativos.

En ese sentido, al no existir pago de incapacidades entre el lapso de la fecha de estructuración de la invalidez, 20 de septiembre de 2018, y la fecha del reconocimiento de la pensión, esto es, 1º de diciembre de 2020, reconoció el retroactivo correspondiente según la cuantía de su pensión que se determinó en una mesa de un S.M.L.M.V. para 2018 y, con 13 mesadas anuales sin encontrar alguna mesada prescrita, atendiendo a que la reclamación administrativa se dio el 29 de octubre de 2020, presentándose la demanda en el mes de febrero de 2021.

Respecto de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, indicó que se causan después del periodo de gracia de 4 meses que establece el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, contados a partir del reclamo del derecho; no obstante, al no verse reconocido la prestación en la fecha correcta y según lo dictado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de esta sanción no se analiza la mala o buena fe sino el pago de las mesadas, máxime si en el caso de marras no se configura una exoneración en los términos jurisprudenciales que regulan la materia, por lo que hay lugar de condena por este concepto a partir del 29 de febrero de 2021 y hasta la fecha que se verifique el pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando se revoque la decisión, pues en su sentir, si bien se ofició a la EPS COOMEVA para que aportara la certificación que acreditara las incapacidades pagadas, en el trámite administrativo de reconocimiento de

pensión de invalidez no se aportó por el demandante una certificación de dicha EPS que diera total certeza de las incapacidades a las que tenía derecho; que aunque se dictara por la *a-quo* que probar dicha situación estaba en cabeza de la entidad recurrente, el demandante estaba como afiliado solicitando una prestación pensional, la cual COLPENSIONES determinó que no tenía derecho, dando la negativa a las peticiones desde la fecha propuesta, es decir, desde el mes de septiembre de 2018.

Del mismo modo se refirió a los intereses moratorios sosteniendo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que proceden siempre y cuando haya retardo en el pago de las mesadas, lo que no ocurrió en el presente caso, pues no se reconoció la pensión de invalidez desde septiembre de 2018 debido a la omisión presentada en el trámite administrativo para tal fin.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si al aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional a raíz de su derecho pensional de invalidez reconocido por la demandada.

De prosperar lo anterior, deberá determinarse si procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de controversia el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al accionante mediante la Resolución SUB 234130 del 4 de diciembre de 2020 por parte de COLPENSIONES (Fl 25 al 31 del archivo 1. Demanda y Anexos), prestación que fue reconocida a partir del 1º de diciembre de 2020 en cuantía inicial de $877.803.

De la misma manera, no fue objeto de discusión el hecho que luego de que el actor presentara recurso de apelación sobre el anterior acto administrativo en lo que respecta al retroactivo aquí perseguido, la encartada a través de la Resolución DPE 5408 del 2 de febrero de 2021 continuó con su negativa bajo el entendido que dentro del expediente pensional obraban certificaciones de incapacidades expedidas por COOMEVA EPS hasta el 8 de diciembre de 2017, pero a pesar de tal tópico, no gozaba de credibilidad probatoria suficiente que conllevara a que la pensión de invalidez fuese reconocida desde la fecha de la estructuración.

Tampoco el hecho que, el anterior derecho fue reconocido por la encartada por cuanto el demandante acreditó un total de 563 semanas, adicional a que se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 50.19% con ocasión de una enfermedad de origen común, cuya fecha de estructuración se produjo a partir del 20 de septiembre de 2018, según se corrobora del Dictamen No. 716394645767 del 25 de agosto de 2020 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA.

Ahora, respecto al derecho al retroactivo pensional solicitado, es menester acotar que el artículo 40 de la ley 100 de 1993 establece en su último inciso

que: "*La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado"*.

Sin embargo, cuando se presenten incapacidades que han sido reconocidas a favor del afiliado, este último escenario debe armonizarse con el precedente fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la incompatibilidad del pago de las incapacidades temporales y las mesadas a raíz de la pensión de invalidez, así se expuso en la sentencia SL5056-2021, Radicado 83368 del 25 de octubre de 2021, la cual rememora lo establecido en la SL1562-2019 así:

> *"[...] de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cobija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *"En ese sentido, como ya se indicó, no se observa que el fallador de segunda instancia hubiese errado en el entendimiento y concordancia que les brindó a los preceptos acusados, pues, por un lado, determinó que la pensión de invalidez reclamada por el demandante debía ser reconocida desde el 7 de diciembre de 1995, momento en que la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que se había estructurado su estado de invalidez, dando, con ello, aplicación a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993; y, por otro, ordenó que del retroactivo pensional se descontaran las sumas concedidas por concepto de subsidios por incapacidad entre el 6 y el 15 de mayo de año 2009, y entre el 21 de mayo de 2010 y 8 de junio de 2011, a fin de que por lo mismos periodos, no se percibieran simultáneamente dos beneficios [...]."*

Bajo tal premisa, advierte la Sala que dentro del presente asunto se encuentra la certificación expedida por COOMEVA EPS, entidad de salud a la que está afiliado el demandante, en la que se puede visualizar que percibió incapacidades desde el 26 de diciembre de 2012 hasta el 6 de diciembre de 2017 de forma discontinua (Fl.43 del archivo 1. Demanda y Anexos). En igual

sentido, se encuentra la certificación allegada por la mentada EPS con ocasión a la prueba oficiosa solicitada por la falladora de instancia dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. (PDF 19 – Respuesta Requerimiento Coomeva), la cual enrostra que durante el periodo comprendido entre el 4 y el 5 de octubre de 2020 le fue una expedida incapacidad al demandante bajo el concepto de *"Enfermedad General"*, con un estado que determina que en tal interregno *"No se evidencia pago".*

En tal sentido, la Sala puede colegir que entre la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, 20 de septiembre de 2018, y la fecha en la cual fue reconocida la pensión de invalidez al actor, es decir, 1º de diciembre de 2020, a pesar de que este haya padecido una incapacidad de dos días, la misma no le fue cancelada; circunstancia por la cual, esta última circunstancia no incide en la fecha respecto de la cual debe pagarse la pensión de acuerdo a la regla jurisprudencial anteriormente reseñada, pues se reitera, tal situación no puede ser entendida como un doble pago ya que a pesar de haberse generado la incapacidad la misma no se canceló. Asimismo, este aspecto también fue analizado en la sentencia SL5056-2021, Radicado 83368 del 25 de octubre de 2021 ya citada que refirió:

> *"Así las cosas, la demandada podría deducir de las mesadas causadas, el monto de lo pagado por incapacidad laboral; sin embargo, se advierte que en la casilla correspondiente al «valor« del cuadro visible anteriormente, que señala precisamente el monto pagado por los días de incapacidad, este figura en blanco, lo que significa que no se realizó pago alguno por este concepto y en consecuencia no habría lugar a descontar ningún valor y el reconocimiento pensional debe efectuarse desde el día en que se consolidó la merma de la capacidad laboral, el 18 de junio de 2009."*

Por ende, se debe confirmar la condena del *a-quo* consistente en conceder el retroactivo solicitado por el demandante a cargo de COLPENSIONES, pues no se tiene probado que se hubiesen pagado subsidios de incapacidad temporal en el tiempo trascurrido entre la fecha de estructuración de la invalidez y del reconocimiento pensional, por lo tanto, se debe atender tal pago de

conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la ley 100 de 1993, en forma manera retroactiva desde la fecha de estructuración de la invalidez.

En este punto, deja de presente la Sala que como lo dispuso la operadora de instancia, no puede entenderse como excusa que COLPENSIONES haya argumentado la negativa del pago del retroactivo pensional bajo el hecho que con la certificación de incapacidades que aportó el actor en su momento, no se soportaba con claridad si en efecto tales incapacidades habían sido o no sufragadas, como quiera que, resulta inadecuado que ante el deber potestativo que le asiste como entidad, no hubiese auscultado una información detallada sobre la realidad que versaba en ese momento sobre el demandante, máxime si se trataba de una notoria enfermedad que incluso llegó a constituirle a este último una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

d. De los intereses moratorios.

En tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*
>
> *"El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:*
>
> *"A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.*
>
> *"Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el*

cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

"En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

"Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Posición que se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo regulan diferentes decisiones, entre ellas, la SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, SL1427-2022, Radicación No. 91371 del 4 de mayo de 2022, SL1416-2022, SL1416-2022, Radicación No. 83606 del 4 de mayo de 2022.

Ahora bien, en lo que respecta a pensiones de invalidez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1187 de 2022, Radiación No. 85942 del 5 de abril de 2022, señaló:

"Ahora bien, de acuerdo con la apelación presentada por la demandante en el sentido de conceder los intereses moratorios o la indexación de las sumas adeudadas, es oportuno señalar que la Sala ha indicado que ellos, consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, pues proceden a fin de aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la tardanza del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, con independencia de las razones que se aduzcan.

Sin embargo, esta no es una regla absoluta, en tanto la Corte ha reconocido eventos en los cuales no procede condena por tal concepto, porque la negativa está plenamente justificada (CSJ SL704-2013) como cuando hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014) y cuando la actuación estuvo amparada por el ordenamiento vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de un cambio jurisprudencial (CSJ SL787-2013)."

En tal sentido, la regla para absolución sobre los intereses moratorios no goza de prosperidad dentro del presente asunto, toda vez que como se precisó en precedencia, el actuar de COLPENSIONES para no reconocer la pensión de invalidez del demandante desde la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral no puede entenderse como un argumento válido en el entendido que debía haber auscultado si en efecto las incapacidades aportadas en su momento por el mismo demandante dentro de la solicitud del reconocimiento pensional se encontraban o no pagadas, en tanto fue ese el motivo que adujo para negar la prestación desde dicha data, estando a su alcance solicitar la aclaración sobre tal aspecto, lo cual no llevó a cabo, por lo que resulta procedente la condena sobre este concepto.

Además, resalta la Sala que los extremos de condena dispuestos por la operadora de instancia se encuentran ajustados a derecho, ya que el actor al haber presentado la solicitud pensional ante COLPENSIONES el 29 de octubre de 2020 como da cuenta la Resolución SUB 264130 del 4 de diciembre de 2020, los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 corren a partir del 29 de febrero de 2021 y hasta la fecha en que se efectúe el respectivo pago del retroactivo deprecado.

e. De la excepción de prescripción.

Por último, deja de presente la Sala que este medio exceptivo no goza de prosperidad, ya que el demandante elevó solicitud pensional el 29 de octubre de 2020, por lo que COLPENSIONES a través de la Resolución SUB 264130 del 4 de diciembre de 2020, presentándose la demanda el 11 de febrero de 2021 según se desprende del Acta individual de reparto, lo que evidentemente refleja que no operó el fenómeno prescriptivo al tenor de lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por las razones hasta aquí anotadas, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

Agencias en derecho: Se fija como valor de agencias en derecho a cargo de la parte demandada la suma de un S.M.L.M.V., la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2020 00417 01**
Demandante:	BLANCA LILIA GONZÁLEZ RUBIANO
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida 4 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BLANCA LILIA GONZÁLEZ RUBIANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare que es ineficaz y por lo tanto inválido el traslado de régimen pensional que efectuara de COLPENSIONES a PORVENIR S.A. el 10 de febrero de 1997, de allí que le asista el derecho al retorno con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Asimismo, se ordene a PORVENIR S.A. permitir la desvinculación del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la respectiva actualización de la base de datos, junto con el saldo que posea en su cuenta de ahorro individual, así como que se le ordene a COLPENSIONES permitir su ingreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con todas las contingencias necesarias y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 27 de junio de 1963, iniciando sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 26 de agosto de 1982, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 10 de febrero de 1997.

Sostuvo que el traslado del cambio de régimen pensional obedeció a la deficiente asesoría efectuada por el funcionario de PORVENIR S.A., quien no suministró una información veraz, clara y comprensible en lo referente a los beneficios e inconvenientes que se presentaban al efectuar el traslado, sino que simplemente se limitó a señalarle que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, podría pensionarse en cualquier tiempo. Finalmente, que agotó la respectiva reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas, argumentando que dentro de la asesoría brindada a la demandante se le señalaron condiciones, características, requisitos y la funcionalidad tanto del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme a la normativa vigente para la fecha del traslado y las particularidades de la demandante.

Relató que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, 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. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen nace solo a partir del inciso 4º del artículo 3º del Decreto 2071 de 2015, adicional a que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informado el traslado.

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

Por otra parte, COLPENSIONES adujo que el traslado de la demandante se encuentra ajustado al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aunado a que el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4º expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el estar pendiente de su situación pensional; de otra parte, que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad a efectos de tener derecho a la pensión de vejez de acuerdo al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso los medios exceptivos de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de abril de 2022 declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1997, por lo que condenó a PORVENIR S.A. a trasferir con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

Igualmente condenó a COLPENSIONES a aceptar dicha transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, la falladora de instancia manifestó que inicialmente se estimó que la nulidad del traslado debía analizarse bajo la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil, concluyéndose que el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega la nulidad, adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa ante la existencia de vicios del consentimiento.

Que no obstante lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia modificó tal postura, dejando de presente que debe analizarse si el acto jurídico que generó el traslado resulta eficaz, esto es, si se cumplió con el deber de información que les atañe a las AFP al momento del traslado, lo que implica dar a conocer todas y cada una de las características de los regímenes pensionales.

Sostuvo que la suscripción del formulario de afiliación no acredita la asesoría con el lleno de los requisitos legales que les incumbe a las AFP y en el interrogatorio de parte surtido por la demandante, no se verificó confesión alguna sobre el cumplimiento del deber de información, circunstancia por la cual, goza de prosperidad la pretensión declaratoria de ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de todos los emolumentos causados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que debe revocarse en su integridad la decisión de primer grado, bajo el entendido que, para el momento del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se cumplieron a cabalidad con los requisitos exigidos en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, otorgándose la información de manera verbal y previamente a la suscripción del formulario de afiliación.

Que como AFP ha realizado diversas campañas masivas para la ilustración a los consumidores y ha publicado diferentes comunicados de prensa informando los cambios normativos en materia de regímenes pensionales; asimismo, que solo a través de la Circular 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, surgió la obligación de documentar la información y lo atinente al buen consejo y doble asesoría, surgieron a partir de los años 2010 y 2014, bajo la interpretación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De otra parte, encontró inconformidad en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración, como quiera que los mismos obedecieron a prerrogativas debidamente autorizadas por mandato legal y tienen una destinación específica, misma que se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo cual en la actualidad no se encuentran dentro de su patrimonio. Por tal motivo, de llegarse a confirmar esta condena se estaría ocasionando un enriquecimiento sin causa a la actora.

Por último, señaló debe absolverse de la condena por concepto de costas procesales y agencias en derecho.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

a. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

b. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo

271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble*

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las*

particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 10 de febrero de 1997 con PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de abril de esa misma anualidad, tal como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 61 y 62. CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte rendido por la accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, la misma manifestó que no se le especificaron las diferencias de los regímenes pensionales, ni se le indicó acerca del capital que debía poseer en su cuenta de ahorro individual, los aportes voluntarios, el retracto de su afiliación en el fondo privado y un posible pago a herederos de sus continencias pensionales, entre otros aspectos.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y

los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, atendiendo el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. referente a la absolución de costas de primer grado, basta con señalar que resultó vencida en juicio, por lo que es procedente su condena de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

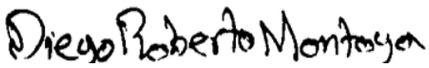
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 4 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para PORVENIR S.A., lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2021 00104 01**
Demandante:	GERMAN ALONSO ANDRADE ROMERO
Demandado:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GERMAN ALONSO ANDRADE ROMERO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado que se efectuó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. y declarar que el actor ha estado válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Como consecuencia de lo anterior, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de las cotizaciones junto con los bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora y rendimientos financieros a COLPENSIONES, y a su vez ordenar a este último a recibir al actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Expone el demandante que se afilió al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 8 de agosto de 1982, cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, un total de 641 semanas; posteriormente, el 1º de enero de 1996 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. por medio de un asesor, quien le brindó información incompleta debido a que solo le expresó que se podía pensionar de manera anticipadamente y que iba a tener mejores expectativas respecto de su pensión; relata que ha cotizado un total de 1598 semanas.

De igual manera indica que presentó un derecho de petición a PROTECCIÓN SA. en el que solicitaba que lo trasladaran a COLPENSIONES y que le realizaran una proyección de su mesada pensional al momento de cumplir su edad pensional, además de requerir un documento que diera cuenta de la capacitación, entrenamiento y conocimiento de los asesores al momento de su afiliación; sin embargo el 16 de diciembre de 2019 se emite respuesta expresándole que no era procedente el traslado ya que excedía la edad para pensionarse y que el formulario se lo allegarían en el término de 15 días. Frente a la proyección le señalaron que al cumplir los 62 años su mesada equivaldría a $1.235.367.

Finalmente, que de igual manera presentó un derecho de petición el 17 de diciembre de 2019 ante COLPENSIONES, en el que solicitó que lo recibiera como afiliado junto con sus aportes y rendimientos financieros, además le solicitó una proyección pensional; sin embargo el 18 de diciembre de dicha anualidad le contestaron indicándole que no procedía el traslado debido a que el deber de información no es retroactivo y por ende no estaba obligado a recibirlo como afiliado, señalándole que su mesada sería de $1.873.135.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, enunciando que el actor se encuentra válidamente afiliado, ya que realizaron un acto jurídico existente, válido y exento de vicios del consentimiento, por lo que es un verdadero contrato que genera derechos y obligaciones; además que se cumplió con el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, tal como está demostrado en la firma del formulario de afiliación. Además, indica que el actor no puede pretender que se declare la ineficacia debido a los distintos valores de mesadas pensionales.

De igual manera expresa que no es factible trasladar los frutos e interés que trata el artículo 1746 del Código Civil; mucho menos los gastos de administración y los seguros previsionales, en tato fueron destinados a un tercero.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se 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.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones manifestando que el actor se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se factible el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por expresa prohibición legal.

Propuso como excepciones la de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

En auto del 24 de agosto de 2021, se vinculó como parte accionada a PORVENIR S.A., quien contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que las pretensiones de la demanda no están dirigidas a esta entidad; de igual manera señala que el actor está incurso en la prohibición de trasladarse entre regímenes.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de abril de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A, ordenando a esta trasladar la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con las cotizaciones y rendimientos en un término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia a COLPENSIONES. Además, a que COLPENSIONES reciba estos valores y a actualizar la historia laboral; a su vez declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por PORVENIR S.A. y finalmente no condenó en costas.

Como fundamento de la decisión señaló que la AFP PROTECCIÓN S.A. no demostró que haya acreditado el cumplimiento del deber de información, debido a que tal como lo ha venido desarrollando en línea jurisprudencia por parte de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario de afiliación no acredita

el consentimiento informado, esto es, que se le hayan puesto de presente al actor las características, condiciones y riesgos del traslado.

Adicionalmente que parea la fecha del traslado, el deber de información hacía referencia a una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, de lo cual ni existe prueba alguna.

Finalmente, que se aparta del criterio de disponer la devolución de los gastos de administración, ello en tanto se generaron rendimientos que aumentaron el capital pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES presentó recurso de apelación para que se adicione la sentencia de manera parcial, en el sentido que se disponga el retorno de todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL3464 de 2019, Radicación No. 376284.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen

pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características,*

condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el certificado SIAFP, en el que se establece que el accionante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por conducto de la AFP ING, hoy PROTECCIÓN S.A., el 31 de diciembre de 1994, con efectividad a partir del 1º de enero de 1995 (Fl. 254), sin embargo, el haber firmado el formulario de traslado, no significa que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, ello en tanto tal actuación no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte no se colige que el accionante haya confesado estar debidamente informado; por el contrario, manifestó que el asesor le brindó información insuficiente, debido a que solo se le explicaron algunos beneficios, como la posibilidad de acceder de manera anticipada a la pensión y que su dinero en el INSITITUTO DE SEGUROS SOCIALES estaba en riesgo ante la liquidación de dicha entidad.

Además, agrega que suscribió el formulario en una reunión que organizó el empleador, en la que les indicaron que debían firmar la afiliación, presionando así su determinación.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en

cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor ni para el año 1994 una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Por lo tanto, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES respecto de incluir los gastos de administración/cuotas de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Por lo anterior, al estimarse como que el traslado resulta ineficaz, se deben realizar las devoluciones de los gastos de administración, cuotas de administración las primas de seguros previsionales y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción",* motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como consecuencia de lo anterior, se modificarán los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓNS.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo

de la afiliación del demandante GERMAN ALONSO ANDRADE ROMERO, por concepto de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y de todo concepto que se haya causado con motivo de la afiliación, sin realizar descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓNS.A., por concepto de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y de todo concepto que se haya causado con motivo de la afiliación, sin realizar descuento alguno y actualizar la historia laboral.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida 21 de abril de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2021 00358 01**
Demandante:	HELIDA ALICIA SOTELO SALAS
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada JESSICA FERNANDA GIRÓN SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.635.136 y T.P. 368.140 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora HELIDA ALICIA SOTELO ARIAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

En virtud de lo anterior, se ordene su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES S.A., se condene a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en su cuenta de ahorro individual. Igualmente, se condene a la enjuiciada COLPENSIONES a recibirla como si nunca se hubiera trasladado y actualice su historia laboral. Por último, solicita se condene en costas a las demandadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 16 de marzo de 1960; que se vinculó el 4 de diciembre de 1987 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, en el que alcanzó un total de 583 semanas cotizadas; además que, por encontrarse vinculada al Sistema Hospitalario del Distrito Capital, su régimen de transición inició el 30 de junio de 1995, data para la cual contaba con 35 años.

Relató que suscribió formulario de traslado el 5 de noviembre de 1999 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1º de enero de 2000, y que el asesor comercial de esa demandada no le suministró información veraz y suficiente que le permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen; tampoco se le informó que podía retornar al Régimen de Prima Media

con Prestación Definida antes de que le faltaren diez 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Narró que elevó petición a PORVENIR S.A. el 10 de agosto de 2020, a fin de conocer de su futuro pensional, la cual respondió la administradora el 3 de septiembre de 2020, indicando que su IBC ascendía a $3'431.392 y su IBL a $3'146.014, por lo que su mesada a los 63 años en ese régimen sería de $1'332.800. Adicionalmente, mencionó que el 18 de noviembre de 2020 solicitó a la citada encartada que le suministrara las comunicaciones que probaran la asesoría que le brindó, ante lo cual el 15 de diciembre de la misma calenda se le dijo que no existió asesoría personalizada por cuanto fue ofrecida a través de comunicados de prensa y que para que obtenga una pensión similar a su IBL en monto de $3'200.000 a los 60 años, debía efectuar un aporte único de $503'015.658 como voluntario a la pensión obligatoria.

Señaló que el 17 de diciembre de 2020 solicitó información a COLPENSIONES sobre su situación pensional y su calidad de beneficiaria del régimen de transición, recibiendo respuesta el 8 de enero de 2021, en la que se omitió dar respuesta sobre ese último aspecto y que dio cumplimiento al artículo 6º del C.P.T.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en el escrito genitor, aduciendo que la actora realizó traslado de conformidad con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., sin que se observe algún vicio en el consentimiento como error, fuerza o dolo en la afiliación que realizó; además, no está en posibilidad de recibirla, pues se encuentra dentro de los diez (10) años para el cumplimiento de la edad para retornar a ese régimen.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por

fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo genitor, dado que el traslado de régimen que efectuó la demandante es completamente válido y eficaz. Además, solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, esas administradoras adquirieron la obligación de asesoría e información para sus afiliados y el público en general, sin que se le pueda imponer carga alguna, puesto que para la fecha del traslado ese deber no estaba a su cargo. A lo que se suma que la actora suscribió el formulario de traslado de manera libre, espontánea e informada, pues recibió asesoría verbal sin que allegue prueba que dé cuenta de lo contrario, lo que permitan dar cabida a la ineficacia o nulidad de la afiliación que se alega por activa, o la presunta falta en el deber de información encontrándose así válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso las excepciones de fondo 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de abril de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación que efectuó la actora realizada ante PORVENIR S.A. el 5 de noviembre de 1999, por lo que para todos los efectos legales nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, permaneciendo siempre en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Además, ordenó a PORVENIR S.A, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos, concediendo el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria para tal fin. De la misma forma, ordenó a la última recibir a PORVENIR S.A. tales rubros y actualizar la historia laboral de la accionante.

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que, desde el año 2008 la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha venido fijando las reglas atinentes al traslado de régimen pensional, de modo que en el caso de la actora al momento del traslado ya existía la obligación del deber de información el cual consistía en la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos pensionales, por ende, no bastaba con la simple firma del formulario de afiliación para considerar que se tuvo un consentimiento informado, sino que era necesario explicar las características de cada uno de los regímenes, para que la afiliada pudiera determinar cual le era más beneficioso.

Además, en el Fondo de Pensiones pesaba la carga de la prueba según se ha dicho por la reiterada jurisprudencia, por lo que es quien debe probar que llevó a cabo tal obligación, pues si bien en el interrogatorio de parte la demandante indicó que el fondo privado le informó dos características del mismo, no basta solo con eso, pues era necesario que hubiese hecho énfasis sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, advirtiéndose así la carencia de información.

En esa medida, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los aportes y a COLPENSIONES a recibir los mismos y actualizar la historia laboral de la actora; en cuanto a los gastos de administración dijo que al volver las cosas a su estado natural, no se puede desconocer que PORVENIR S.A. ejerció una actividad para administrar los recursos depositados en la cuenta individual de la demandante y esa actividad generó rendimientos, igualmente, ese concepto está determinado en la ley, y la administración fue ejercida por esa demandada, por tanto, no ordenó la devolución de ese rubro y tampoco condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que se debe adicionar la sentencia en el sentido de ordenar la remisión de todos los dineros a favor de la demandante, incluyendo los gastos de administración y comisiones a la administradora de pensiones COLPENSIONES, dado que en sentencia SL1688 de 2019, se ha indicado que las consecuencias prácticas y

jurídicas de la ineficacia es declarar que el negocio jurídico nunca se celebró, por lo que se debe retrotraer todo al estado inicial como lo dijo la Juez de instancia, lo que incluye los gastos de administración los cuales están fijados por la ley, es decir, que debieron operar en el régimen que administra esa entidad.

Máxime, si se tiene en cuenta que al momento en que la demandante pretenda acceder a la pensión, o a una prestación económica distinta, ello recae en cabeza de COLPENSIONES, conforme se ha dicho en la sentencia SL 3464 de 2019, Radicación 76284.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de

1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir*

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 5 de noviembre de 1999 con PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de enero de 2000, como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 25 y 59 archivo 010), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz al momento del traslado; máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, si bien la actora en su declaración indicó que PORVENIR S.A. le mencionó de forma general las ventajas de ese régimen y que su pensión sería

más elevada en tanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES estaba en riesgo de ser liquidado, enfatizando que no le hicieron un comparativo entre los regímenes pensionales, lo cierto es que ello no constituye confesión del pleno suministro de la debida información como viene de verse, de tal modo, que al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de la encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio, lo que imponía declarar la ineficacia del traslado como lo determinó la falladora de instancia.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, respecto de no incluir los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión*

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, el Alto Tribunal en sentencia SL3477-2021, Radicación No. 79281 de 30 de junio de 2021, dijo lo siguiente:

"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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 y CSJ SL4811-2020), criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL2201-2021)."

En punto de lo anterior, no existe razón para que la AFP PORVENIR S.A. no realice la devolución de los gastos de administración ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, por tanto, habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia en tal sentido.

En otro giro, cabe mencionar frente a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera, que al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la

administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los

valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, como lo indicó la falladora de instancia.

Finalmente, con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, que ordenó a la demandada PORVENIR S.A. a devolver COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, esto es, cotizaciones y rendimientos, para ordenar además la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión, sumas que igualmente deberá recibir COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **31 2021 00149 01**
Demandante:	FREDY ARNULFO FONSECA GARZÓN
Demandado:	COOPERATIVA MULTIACTIVA DE LOS SERVIDORES Y PENSIONADOS DE LA SALUD LTDA "COOPDISALUD"
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., con ocasión de la sentencia proferida el 1º de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, como quiera que la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, sin que la misma hubiese interpuesto recurso alguno.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FREDY ARNULFO FONSECA GARZÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad COOPDISALUD LTDA., a fin de que se declare que la terminación del contrato de trabajo carece de valor y efecto al estar vigente y en trámite una queja por acoso laboral, el cual fue informado a la empleadora. Igualmente, se declare que las causales de terminación señaladas en el escrito de 31 de agosto de 2020 son ilegales y carecen de validez por cuanto el trabajador no ha fallecido.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de la sanción por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del C.S.T. debidamente indexada, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas, adujo que el 8 de octubre de 2019, celebró contrato de trabajo a término fijo a un (1) año con la demandada, para desempeñar el cargo de Gerente y Representante Legal, recibiendo una remuneración mensual de $3.500.000; igualmente, adujo que en diciembre de esa misma anualidad se le pagó la bonificación por la suma de $1.000.000, y que le fue reconocido un incremento salarial por esa misma suma a partir de febrero de 2020, devengado como último salario la suma de $4.500.000.

Que como consecuencia de la pandemia y de las medidas adoptadas por las autoridades para evitar la proliferación de la COVID-19, autorizó el trabajo en casa del equipo de trabajo a su cargo a partir del 19 de marzo de 2020, previa autorización del Consejo de Administración de la enjuiciada, sin embargo, el 17 de abril del año 2020 el Consejo de Administración le ordenó por escrito el retorno a las actividades presenciales por parte de todo el personal de la encartada por turnos, contrariando las disposiciones emitidas por el Gobierno Nacional y Local, lo cual acató.

Que el citado Consejo el 6 de mayo de 2020, le ordenó por escrito despedir a la trabajadora DANYA SALAZAR, quien ocupaba el cargo de Auxiliar de Mercadeo, argumentando falta de resultados y productividad, a lo que respondió que los procesos administrativos laborales del equipo de trabajo eran del resorte de la Gerencia, de acuerdo con la Ley 79 de 1998, los Estatutos Sociales, el Código de Buen Gobierno de la accionada y las demás orientaciones expedidas por la SUPERINTENDENCIA DE ECONOMIA SOLIDARIA.

A razón de lo anterior, el 18 de mayo de 2020 el presidente del Consejo de Administración de la demandada realizó un llamado de atención por escrito ante el incumplimiento de la orden de cancelar el contrato de trabajo

anteriormente referido, adjudicándole además responsabilidad por el incumplimiento de las metas comerciales; desconociendo el presidente del Consejo de Administración lo establecido en el artículo 37 de la Ley 79 de 1988 y el literal h) del artículo 73 de los Estatutos vigentes. En esa medida, el 22 de mayo de 2020 respondió el llamado de atención trayendo a colación las normas antes referidas, y exponiendo los riesgos en que se vería inmersa la Cooperativa por el despido y las razones de la baja en las metas.

Relató que el 22 de mayo de 2020, en vista tal situación radicó de manera virtual queja por acoso laboral ante el MINISTERIO DEL TRABAJO en contra del Consejo de Administración de COOPDISALUD. Adicionalmente, el 3 de agosto de 2020 el Consejo de Administración de COOPDISALUD, reiteró por escrito la no prórroga del contrato de trabajo de la funcionaria DANYA MARCELA SALAZAR TOLEDO, sin ningún argumento y en vigencia de las medidas restrictivas decretadas por la pandemia.

Señaló que el 13 de agosto de 2020, elevó petición a la Revisoría Fiscal de la accionada en la que solicitó se le informara si esa entidad estaba dentro de las excepciones decretadas por el Gobierno Nacional y si la situación que se estaba presentando entre la Gerencia y el Consejo de Administración de COOPDISALUD, respecto del contrato laboral de la persona que debía despedir, se encontraba regulada dentro del marco de la ley, la cual fue respondida el 1º de septiembre de esa misma anualidad y reiterada el día 2 de ese mismo mes y año, precisándose que el Gerente debe mantener la autonomía sobre el personal.

Seguidamente, relató que el 16 de septiembre de 2020 el MINISTERIO DEL TRABAJO le envió comunicación en la que le anuncia que iniciará el trámite relacionado con el acoso laboral una vez se retomaran las labores en las oficinas correspondientes debido a la emergencia sanitaria; comunicados que puso en conocimiento del Consejo de Administración el 22 de mayo de 2020.

De otra parte, sostuvo que el 31 de agosto de 2020, le fue comunicado por parte del presidente del Consejo de Administración la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del término, haciendo referencia al numeral a) del

artículo 61 del C.S.T., pese a haber informado a ese organismo que se encontraba sin resolver la queja por acoso laboral el 22 de mayo de 2020.

También, adujo que la norma que sustenta el finiquito no es acorde porque el trabajador aún vive y que no le fue reconocida la indemnización por el despedido sin justa causa.

Por último, señala que elevó petición a la demandada reclamando las acreencias pendientes de pago, la cual fue respondida de manera negativa el 29 de octubre de 2020, y que sigue figurando ante la Cámara de Comercio de Bogotá como Subgerente de la demandada con las responsabilidades que ello conlleva.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada COOPERATIVA MULTIACTIVA DE LOS SERVIDORES Y PENSIONADOS DE LA SALUD LTDA. "COOPDISALUD" contestó la demanda solicitando se denieguen las pretensiones por carencia de absoluta de razones de hecho y de derecho que las fundamenten, dado que los hechos alegados por el promotor no constituyen acoso laboral y la causa de la terminación del contrato fue el vencimiento del plazo pactado.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de hechos configurativos de acoso laboral, inexistencia de la verificación de los hechos de acoso laboral, por parte de la entidad administrativa competente, inexistencia de causa para pedir, en razón a la terminación del contrato por vencimiento del plazo acordado y caducidad de la acción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de febrero de 2022, declaró que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 8 de octubre del año 2019 y terminó por vencimiento del plazo pactado el 8 de octubre del año 2020; de la misma forma, absolvió a la demandada de las pretensiones

incoadas en su contra por el accionante y condenó en costas y agencias en derecho al extremo activo.

Para arribar a dicha conclusión, concluyó la *a-quo* que de acuerdo a las pruebas obrantes en el plenario era posible determinar que entre las partes se pactó un contrato de trabajo a término fijo en el que el actor fue contratado para desempeñar el cargo de Gerente o Representante Legal de la pasiva y finalizó el 8 de octubre de 2020, de acuerdo con la comunicación adiada el 31 de agosto de 2020.

Expuso que, de acuerdo a la carga de la prueba en esta clase de casos, era menester que el trabajador probara el hecho del despido y el empleador acreditara que la causa alegada existió, así las cosas, de acuerdo al escrito de 31 de agosto de 2020, era evidente que la accionada fue la que terminó el contrato de trabajo al actor, por ende, se debía colegir si la causa alega existió.

Al respecto, mencionó que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la terminación del contrato de trabajo puede ser verbal o por escrito, por ende, cuando se está en presencia de una terminación escrita, se deben señalar los hechos y las normas violadas. Seguidamente, dijo que en sentencia de 21 de abril de 1972 esa Corporación indicó que el despido tiene configuración propia y únicamente se sanciona cuando se produce sin justa causa, por lo que la indemnización solo se causan cuando el modo de terminación del contrato es una decisión unilateral injusta, sistema legal que difiere del establecido anteriormente por el Código del Trabajo, cuyo artículo 64 reparaba la ruptura unilateral e ilegal del contrato, al paso que el vigente lo que indemniza es la terminación unilateral sin justa causa.

Al referirse a la carta de terminación del contrato de trabajo, señaló que era claro que el empleador decidió no prorrogarlo, contrario a lo aducido por el demandante quien dijo que el texto de la carta era confuso y que el hecho que la accionada le haya señalado al gestor en ese escrito que no se habían cumplido las expectativas que se tenían en el desarrollo del cargo, no tiene incidencia alguna, pues es clara la intención de no prorrogar el contrato, sin que de manera alguna se pueda entender que lo está dando por terminado,

pues si ello fuera así, la relación habría finalizado el mismo 31 de agosto del año 2020, fecha en la que se comunicó la no prórroga; por ende, el empleador demandado respetó el término de duración del contrato previamente establecido.

De otra parte, precisó que si bien le asiste razón a la parte demandante en el sentido que existe una equivocación en cuanto a la cita normativa que aparece consignada en la carta de terminación, dado que citó el literal a) del artículo 61 del C.S.T., en lugar del literal c), lo cierto es que le indicaron que no se iba a prorrogar el contrato de trabajo, por ende, la causa de terminación, obviamente no puede ser la muerte del trabajador.

En esa medida, señaló que era necesario determinar si el demandante fue víctima de acoso laboral y se encontraba dentro de los términos establecidos en el artículo 11 de la Ley 1010 del 2006, lo que dejaría sin efecto la terminación unilateral del contrato de trabajo si se profirió dentro de los 6 meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa o judicial competente verificara la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento. Encontrando que el demandante remitió el 22 de mayo de 2020 queja por acoso laboral mediante correo electrónico al MINISTERIO DEL TRABAJO, sin que obre prueba del envío de copia al empleador en esa calenda, por lo que, si en gracia de discusión se admitiera que se remitió copia en esa data a la accionada, era necesario verificar si los hechos alegados en la comunicación existieron y si tienen la suficiente entidad para constituirlo en circunstancias generadoras de acoso laboral.

Mencionado que la Ley 1010 del año 2006 en su artículo 8º, enuncia una serie de comportamientos que excluyen la calificación de acoso laboral, concluyendo que de las pruebas testimoniales incorporadas al plenario, en especial de lo dicho por el demandante el cual aceptó que en la carta de terminación se dijo que era por vencimiento de plazo pactado, no se configuró ninguna de las conductas constitutivas de acoso laboral; además que la notificación al demandante de la no prórroga del contrato de trabajo se efectuó antes de que el MINISTERIO DEL TRABAJO si quiera realizará alguna manifestación al demandante sobre el inicio de la investigación, lo que solo se

dio hasta el 16 de septiembre de 2020 cuando esa entidad dirigió comunicación al promotor informándole que se iniciaría el respectivo trámite por presunto acoso laboral una vez retomaran labores en las oficinas de la entidad en atención a la emergencia sanitaria.

En consecuencia, concluyó que no se había iniciado trámite alguno tendiente a investigar si efectivamente había acaecido o no alguna conducta constitutiva de acoso laboral, ni se había tomado decisión sobre el particular, lo que conllevó a la absolución de las pretensiones incoadas por el demandante.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal que invalide lo actuado, se auscultará como primer problema jurídico a resolver: i) si es válida la terminación del contrato de trabajo por encontrarse el promotor bajo la protección de la garantía contenida en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006; seguidamente, se verificará ii) si son legales y válidas las causales reseñadas en la carta de terminación del contrato de trabajo que se indican en el escrito de 31 de agosto de 2020.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo a un (1) año, el cual inició el 8 de octubre de 2019 y finalizaba el 8 de octubre de 2020, en virtud del cual el demandante, señor FREDY ARNULFO FONSECA GARZÓN, desempeñó el cargo de Gerente o Representante Legal, devengado como salario inicial la suma de $3.500.000; prueba de ello, es el respectivo contrato de trabajo y la carta de terminación de la relación laboral emitida por la encartada el 31 de agosto de 2020 (Fls. 18 a 20 y 38 archivo 001).

d. Del Acoso Laboral:

Establecido lo anterior, considera la Sala pertinente abordar en inicio el estudio del requisito contenido en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 para que opere la protección que establece ese precepto legal, dentro de los seis (6) meses siguientes a la presentación de la queja por acoso laboral, frente al despido unilateral del contrato de trabajo.

En aras de desatar el tema que nos ocupa, se juzga conveniente precisar que el Acoso Laboral es una conducta que fue proscrita por el legislador y regulada de forma clara y expresa en la Ley 1010 del 2006, mediante la cual se propende por la prevención, corrección y sanción de las modalidades constitutivas de acoso laboral con el objeto de proteger a los trabajadores de toda forma de agresión, maltrato, vejamen, trato desconsiderado y ofensivo que vulnere el derecho fundamental a la dignidad humana, en desarrollo de la relación laboral.

Para tal propósito, la norma en comento no solo definió el acoso laboral en su artículo 2º como "*toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o subalterno encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo*", sino que adicionalmente precisó las modalidades a través de las cuales se podría desarrollar esta conducta. Esto es: el maltrato laboral, la persecución laboral,

la discriminación laboral, el entorpecimiento laboral, la inequidad laboral y la desprotección laboral.

Así mismo, prevé la norma en cita en su artículo 7º una presunción de orden legal acorde a la cual se presumen como conductas constitutivas de acoso laboral, las siguientes:

> *"a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;*
>
> *b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;*
>
> *c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;*
>
> *d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;*
>
> *e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;*
>
> *f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;*
>
> *g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;*
>
> *h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;*
>
> *i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;*
>
> *j) La exigencia de laborar e n horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;*
>
> *k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;*

l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;

m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;

n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social."

En punto de lo anterior, se tiene que el demandante aduce que la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador carece de valor y efecto, por encontrarse vigente y en trámite el procedimiento por acoso laboral, de acuerdo a lo consagrado en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, como quiera que la terminación del contrato de trabajo se llevó a cabo dentro del término de los seis (6) meses siguientes a la presentación de queja por Acoso Laboral ante el MINISTERIO DEL TRABAJO.

Al respecto, el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 establece:

"ARTÍCULO 11. GARANTÍAS CONTRA ACTITUDES RETALIATORIAS. *A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:*

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento."

De manera que, para que se configure la conducta de acoso laboral se requiere que la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento como constitutivos de acoso laboral, así lo ha expuesto el órgano de cierre de esta especialidad, entre otras, en sentencia SL17063-2017, Radicación No. 45992 de 5 de julio de 2017, reiterada en sentencias CSJ SL058-2021, Radicación No. 65559 de 20 de enero de 2021 y SL4430-2021, Radicación No. 83046 de 20 de septiembre de 2021, en la que se indicó:

"El objeto principal de la ley de acoso laboral y los bienes protegidos por ella, conforme a su artículo 1°, consiste en definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado u ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana, que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

"Del mismo modo los artículos 7 y 8 de la citada ley, establecen las conductas que constituyen acoso laboral y las que no lo son, en donde es dable destacar que no toda exigencia, orden, solicitud o actuación que se presente en el ámbito laboral, configura un proceder de acoso. Del mismo modo, los artículos 9 y 10 ibídem aluden a las medidas preventivas, correctivas y sancionatorias del acoso laboral, procedimientos que gozan de la garantía consagrada en la norma denunciada, esto es, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que como se dijo, prohíbe dar por finalizado el vínculo laboral en un lapso de protección de seis (6) meses siguientes a la petición o queja, respecto de la víctima de acoso laboral que hubiere ejercido tales procedimientos «preventivos, correctivos y sancionatorios».

"[…]

"En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.

"Sin embargo, esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 ibídem, la autoridad administrativa, judicial o de control competente, ha de verificar «la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral."(Subrayado fuera de texto).

En atención a lo anterior, procede esta Colegiatura a verificar la ineficacia del despido en los términos del pluricitado numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, advirtiéndose de las probanzas obrantes en el plenario, que en efecto el demandante presentó el 22 de mayo de 2020 queja por Acoso Laboral,

en su calidad de Gerente de COOPDISALUD (Fls. 31 a 32 archivo 001), que señala:

> *"Informo por este medio una situación que estoy viviendo en mi trabajo como Gerente y representante legal de la empresa Coopdisalud así: El 27 de marzo-2020 en reunión de Consejo de administración me realizan una evaluación de gestión y me dicen que se debe realizar el plan de mercadeo presentado en su momento por mí y que no se ven los resultados: yo les respondo que es injusto que en plena pandemia donde no se está autorizado trabajar y las empresas no están trabajando para realizar visitas y menos gestión que permita ver resultados de lo planteado en mercadeo para incremento en las cifras.*
>
> *"Nuevamente al 30 de abril-2020 en otra reunión de Consejo reiteran la misma situación de no ver resultados en mi gestión y les reitero que las entidades siguen sin trabajar y menos dar atención o recibir propuestas para tener una opción de lograr acuerdos que se reflejen en resultados y que sigue siendo injusto que me evalúen en estas circunstancias, y también les manifiesto que esto es un* ***acoso laboral*** *y se suma la presión para despedir personal que está en el área de mercadeo con los mismos argumentos. Les respondo que esto no es rol del Consejo de Administración si no pertinencia de la Gerencia en manejo de despidos y contratación, y que el argumento que dan no es justo en plena pandemia. Ellos manifiestan que se verán obligados a tomar decisiones si no se ven resultados inmediatos*
>
> *"Quiero con este oficio dejar un precedente con ustedes el Ministerio de trabajo, por si este consejo de administración llega a tomar decisiones que van en contra de mis derechos laborales y tener para mi defensa que les informe, así como lo hable telefónicamente con la Abogada Dra. Paola Sedano asesora y orientadora del Ministerio de trabajo que en este caso me atendió telefónicamente desde su entidad enviando este oficio tengo fuero especial por seis meses si me llegan a despedir o tomar alguna represaría en mi contra a lesionan mis derechos laborales".*

En virtud de ello, se observa que obran comunicaciones dirigidas al demandante por el Consejo de Administración de la encartada, adiadas el 16 de diciembre de 2019, 5 de febrero de 2020, 17 de abril de 2020 y el 6 de mayo de 2020. Igualmente, se advierte que con posteridad a la radicación de la queja ante el Ministerio, también fue remitida comunicación calendada el 3 de agosto de 2020 por ese ente al promotor del litigio, en la que se le informan las determinaciones tomadas por ese órgano administrativo, respecto a las autorizaciones de bonificaciones e incentivos a algunos asociados, al igual que el incremento del salario del actor, la aprobación de la terminación del

contrato a la trabajadora DANYA MARCELA SALAZAR, por vencimiento del periodo de prueba, entre otros. (Fls. 21 a 27 y 33 a 35 archivo 001).

Igualmente, milita el llamado de atención efectuado al actor por el Presidente del Consejo de Administración de la pasiva, calendado el 18 de mayo de 2020, por el incumplimiento de las decisiones de ese ente, respecto a la cancelación del contrato de trabajo de la señora DANYA MARCELA SALAZAR TOLEDO, y la respuesta emitida por el actor a ese llamado de atención de 22 de mayo de 2020 (Fl. 28 a 30 archivo 001).

Más adelante, obra la comunicación dirigida al actor por el MINISTERIO DEL TRABAJO, fechada el 16 de septiembre de 2020, en el que le señalan que se iniciará el respectivo trámite por presunto acoso laboral una vez retomen labores en las oficinas en atención a la emergencia sanitaria, por lo que debe estar atento a la citación (Fl. 40 y 42 archivo 001).

Por otra parte, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la demandada, señora ANGIE LORENA SILVA RUBIANO, quien dijo conocer al demandante en tanto fue Gerente de esa Cooperativa, y que el motivo de su salida obedece a que se canceló el contrato durante el tiempo que establece la ley; que para marzo de 2020 ella laboraba para la accionada y prestó sus servicios de manera virtual y presencial por indicaciones de la Gerencia.

Entre tanto, el demandante FREDY ARNULFO FONSECA GARZÓN en el interrogatorio de parte que depuso manifestó que fue nombrado Gerente de la Cooperativa demandada inicialmente mediante un contrato a término fijo a un (1) año; que era autónomo en el desempeño de sus funciones hasta donde el Consejo se lo permitía, y que ellos en reuniones mensuales le oficiaban lo que debía ejecutar de acuerdo a lo que decidían.

En cuanto a la orden del Consejo de despedir a la trabajadora DANYA SALAZAR, relató que no hubo ningún desacato de su parte, pues en su momento le respondió al Consejo de Administración que esa no era función de ese ente de acuerdo con los estatutos, pues la contratación y despido del

personal eran de injerencia del Gerente, aunado a que la orden se emitió en pandemia y se estaba cuidando la estabilidad de los trabajadores.

Respecto a la queja por acoso laboral que expuso en los hechos de la demanda, adujo que en su momento ofició al MINISTERIO DEL TRABAJO por la presión que ejercía el Consejo de Administración, el que descalificaba sus acciones, por lo que la entidad respondió que procedería con la respectiva indagación, precisando que después le comunicaron la carta de terminación del contrato y que no sabe si al correo de la entidad llegó la queja, máxime que él había puesto en conocimiento su proceder.

Manifestó que si recibió una comunicación informando el finiquito de su contrato de trabajo por parte de la Cooperativa encartada; sin embargo, adujo que la misma decía que era por haber fallecido, por lo que la carta no era muy puntual; seguidamente al ser indagado si en la comunicación se dijo que la razón de la terminación era por el vencimiento del plazo pactado, respondió que sí, aclarando que la carta tenía varias connotaciones.

A su turno, el testigo ELIECER ORTEGA aseveró que trabajó para la accionada de marzo a octubre de 2019 y que conoce al demandante porque le entregó el cargo de Gerente cuando fue nombrado en el Consejo; finalmente señaló que no podía dar fe de lo acaecido durante la relación laboral que existió entre las partes.

La testigo ANGÉLICA LORENA FLORES, relató que trabajó para la demandada como Gerente del 2 de octubre de 2020 hasta el 15 de marzo de 2021; que conoce al demandante porque él fue quien le entregó el cargo de Gerente. Indicó que el actor dejó de prestar sus servicios por cuanto el Consejo de Administración le terminó el contrato un mes antes de que terminara el periodo de un año, pues según lo que él le informó, algunos miembros del Consejo le señalaron que no estaba cumpliendo las labores para las cuales fue contratado.

Que la terminación se la comunicaron al promotor mediante una carta que le dirigió el presidente del Consejo para la época, documento que conoció cuando

fungía como Gerente; sin embargo, expuso no recordar con exactitud su contenido. Manifestó que la señora DANIA SALAZAR era la auxiliar de mercadeo cuando ella ingresó y que no tenía ningún vínculo con el demandante; que el Gerente lo nombra el Consejo de Administración y los trabajadores los selecciona el Gerente, pero no existía un procedimiento establecido para tal fin.

La testigo DANIA SALAZAR en su declaración señaló que laboró para la Cooperativa demandada desde el 15 de enero de 2020 hasta el 15 de diciembre de 2020 cuando renunció, y que conoció al demandante porque era el Gerente de la demandada y además fue su jefe; expuso que en la Cooperativa se manejaban contratos a término fijo, y escuchó que el actor dejó de prestar sus servicios por cuanto el Consejo terminó el contrato, al parecer por no cumplir con las expectativas de aquellos. Sostuvo que no presenció maltrato hacia el Gerente.

Entre tanto, el testigo JOSÉ OLIVERIO CANO SANABRIA, dijo que fue presidente y delegado del Consejo de Administración de la Cooperativa demandada, y que conoce al demandante al haberse desempeñando como Gerente de la accionada por un lapso de un año. De otra parte, indicó que las funciones del actor eran las de ordenador del gasto y Representante Legal; que los empleados son designados por el Gerente, pero no se cuenta con un procedimiento para ese tema.

Sostuvo que durante la ejecución del contrato de trabajo del actor no existió ningún inconveniente con el Consejo de Administración, sin embargo, recalcó que ese ente de administración hace un control social a la actividad del Gerente. Adujo frente a la queja de acoso laboral que instauró el gestor, que el Consejo no conocía de esa situación, y solo se enteraron con la presentación de la demanda pues él nunca les notificó nada al respecto. Que se les informó de algún maltrato o ultraje de alguna persona del trabajo hacia el actor y que el trato de ellos con el actor se limitaba a una reunión al mes, en la que solicitaban los informes a cada una de las áreas, analizaban la situación y basados en los resultados establecían las metas.

Precisó que él fungió como presidente del Consejo de Administración cuando el demandante era el Gerente y que durante la pandemia le sugirieron que diera continuidad al servicio, ya que existían diferentes formas, como la semipresencialidad o la virtualidad; producto de ello el demandante hizo algunas gestiones para que varios procedimientos fueran virtuales. Dijo que el Gerente es el responsable de la administración de la Cooperativa como está establecido en los estatutos, no obstante, nada impedía que le exigieran ciertas metas o resultados que se requerían en la Cooperativa. Resaltó que al Consejo nunca se le dio a conocer la queja por acoso laboral. En cuanto a la terminación del contrato de trabajo del demandante, dijo que fue una decisión de los nueve consejeros, la que fue transmitida y ejecutada por el Presidente de ese órgano de administración.

Por su parte, el testigo NELSON VELANDIA aseveró que era asociado y delegado principal por la SUBRED; que conocía al demandante al haber fungido como Gerente en su periodo como Consejero; refiere que el actor ingresó el 1º de octubre de 2019 y el contrato finalizó el 8 de octubre de 2020 por vencimiento del periodo pactado.

Señaló que la relación entre el actor y el Consejo de Administración siempre fue respetuosa y nunca tuvieron ningún inconveniente. Sostuvo que en ningún momento se formalizó algún tipo de queja por acoso, y que no existían presiones, sino que se trataba de exigir mejoras y en el caso del demandante en varios meses no se vieron resultados.

Finalmente, la testigo MARÍA ESPERANZA ACEVEDO dijo que conoció al demandante porque fue Gerente de la Cooperativa convocada a juicio; que prestó sus servicios por espacio de un año, del 8 de octubre de 2019 al 8 de octubre de 2020; que el Consejo le venía haciendo un seguimiento, pero todos los meses siempre quedaban pendientes y manifestaba no tener tiempo, por lo que en una reunión decidieron terminar el contrato de trabajo por el vencimiento del plazo. Que la relación entre los miembros del Consejo y el actor siempre fue respetuosa.

Bajo ese escenario, es claro que el demandante elevó queja ante el MINISTERIO DEL TRABAJO por acoso laboral el 22 de mayo de 2020, es decir, dentro de los seis (6) meses precedentes a la terminación de su contrato de trabajo, lo cual acaeció el 8 de octubre de 2020 en los términos consagrados en el numeral 1º de la Ley 1010 de 2006; sin embargo, del análisis de las anteriores probanzas se puede concluir que esa autoridad administrativa no verificó la ocurrencia de los hechos puestos en su conocimiento, pues recuérdese que hasta el 16 de septiembre de 2020 esa entidad le indicó que iniciaría el respectivo trámite por presunto acoso laboral y una vez retomara labores en las oficinas, dada la emergencia sanitaria; requisito *sine qua non* para dar aplicación a las prerrogativas consagradas en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006.

Aunado a lo anterior, no se puede soslayar que el actor no informó de la presentación de la queja al Consejo de Administración de la Cooperativa demandada, y ese ente tampoco se enteró por otro medio antes de la presentación de la demanda; en efecto, el mismo demandante en el interrogatorio de parte que rindió, indicó no conoce si se llegó al correo de la entidad una comunicación. Por su parte, los testigos JOSÉ OLIVERIO CANO SANABRIA, NELSON VELANDIA y MARÍA ESPERANZA ACEVEDO, quienes hicieron parte del Consejo de Administración para la época en que el promotor fungió como Gerente, fueron contestes en señalar que al Consejo nunca se le dio a conocer la queja por acoso laboral.

De otra parte, no encuentra la Sala que se hayan acreditado conductas constitutivas de acoso laboral, pues el mismo actor en la declaración que rindió ante el Juzgado de origen, manifestó que estaba subordinado al Consejo de Administración; entre tanto, los testigos anteriormente enunciados fueron consistentes en mencionar como viene de verse, que la administración hacía un control social a la actividad del Gerente, por lo que de acuerdo a los informes de gestión establecían una metas, de ahí, que el hecho de realizar evaluaciones a la gestión del actor y solicitarle que efectuara planes que redundaran en la mejora de las resultas del área de mercadeo de la Cooperativa, o que prescindiera de algún trabajador, sean conductas constitutivas de acoso.

Pues al tenor de lo preceptuado en el artículo 8º de la Ley 1010 de 2006, es perfectamente posible que el empleador emita entre otros, circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento, entre otros requerimientos que es viable llevar a cabo por parte del empleador hacia sus trabajadores, siempre que se enmarquen en el respecto y en criterios objetivos y no discriminatorios, como sucedió en el *sub-examine*, como lo expuso la falladora de instancia.

Así las cosas, no es posible atender de manera favorable la súplica del actor tendiente a que se declare sin valor y efecto la terminación del contrato de trabajo por estar en trámite la queja por acoso laboral, pues como se expuso previamente el órgano de cierre ha sido enfático en señalar que es necesaria la inspección por parte de los órganos competentes para determinar si en efecto se constituyó la conducta como de Acoso Laboral, situación que como ya se expuso no se probó dentro del presente asunto, circunstancia por la cual se confirmará en este aspecto la decisión de primer grado.

d. De la Terminación del Contrato de Trabajo:

Respecto al segundo de los problemas jurídicos planteados, procede esta Colegiatura a analizar lo atinente al despido sin justa causa alegado por el actor.

En tal sentido, y como se refirió en inicio, entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de un (1) año, el que señala como término de inició el 8 de octubre de 2019 y como fecha de finalización el 8 de octubre de 2020 (Fls. 18 a 20 archivo 001).

Así las cosas, vale advertir que en tratándose a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio

de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

En otro giro, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que la expiración del plazo fijo pactado no constituye una terminación unilateral del contrato, con o sin justa causa, sino una modalidad o forma de ponerle fin al vínculo contractual, lo que contera no se asimila a un despido, así lo expuso en sentencia SL3535-2015, Radicación No. 38239 de 25 de marzo de 2015:

> *"En efecto, esta Sala de la Corte ha definido que, a diferencia de los contratos de trabajo a término indefinido, en los pactados a término fijo la condición extintiva se concibe desde el mismo instante en el que los contratantes han celebrado el acuerdo de voluntades, pues convienen las condiciones de su vinculación y fijan de forma clara e inequívoca el término de duración de la relación, de manera que esa manifestación de voluntad surte efectos a partir de la suscripción del contrato. Es por ello que la expiración del plazo pactado no constituye una terminación unilateral del contrato, con o sin justa causa, sino un modo, modalidad o forma de ponerle fin a un vínculo contractual, previsto en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990."*
>
> *"[…]*
>
> *"1. Los contratos de trabajo a término fijo y la libertad de contratación empresarial. Libertad de modalidad o forma.*
>
> *"Dentro del marco de regulación de las relaciones laborales, es un hecho indiscutible que el empleador goza genéricamente de libertad a la hora de contratar o no a los trabajadores, así como para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, dentro de las variadas posibilidades que le otorga el legislador. La Sala ha dicho en ese sentido que los empleadores tienen la «…libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte…» (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 54003 y CSJ SL8693-2014).*
>
> *"Por tales razones, la vinculación de trabajadores y trabajadoras a través de contratos de trabajo a término fijo goza de plena legitimidad dentro*

de nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina dicho acuerdo, en los términos prescritos en los artículos 46, 55 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otros, gozan de plena validez y vigencia. La razón es sencilla y es que debe entenderse que, a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación – artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo -, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales, para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de prestación de servicios.

"Por lo mismo, la jurisprudencia de esta Sala de la Corte siempre se ha orientado a determinar que el contrato de trabajo a término fijo es una de esas modalidades contractuales autorizadas por el legislador, que no ha perdido legitimidad y que puede ser utilizada libremente por el empleador de acuerdo a sus necesidades, dentro de los precisos límites establecidos legalmente.

"También se ha dicho por la Corte, desde tiempo atrás, que el contrato de trabajo a término fijo no pierde su esencia por el hecho de que se prorrogue varias veces (Ver CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776, CSJ SL, 5 may. 2006, rad. 27034, entre otras); y que, como ya se dijo en líneas anteriores, su culminación por el vencimiento del plazo fijo pactado no puede ser asimilable a un despido, pues constituye un modo legal de terminación, con arreglo a lo previsto en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. (CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776, CSJ SL, 10 may. 2005, rad. 24636, CSJ SL, 27, abr. 2010, rad. 38190, CSJ SL, 8 feb. 2011, rad. 37502)."

En punto de lo anterior, debe indicarse que, de las pruebas arrimadas por el extremo accionante, se aportó la carta de terminación del contrato de trabajo, dirigida al demandante por la encartada el 31 de agosto de 2020 (Fl. 38 archivo 001), la que en su tenor literal señala:

"Ref.: Terminación del contrato de trabajo por vencimiento del término

"Cordial saludo,

"Me permito comunicarle que en virtud a que el término de vigencia pactado en el contrato individual de trabajo suscrito con usted está próximo a vencerse, la cooperativa multiactiva de los servidores y pensionados de la salud Ltda., COOPDISALUD ha decidido no darlo por prorrogado, lo anterior dado que no se cumplieron las expectativas que se tenían en el desarrollo del cargo.

"Por lo anterior, le comunico que COOPDISALUD LTDA, ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 61 numeral A) del Código Sustantivo del Trabajo.

"Dicha decisión será efectiva una vez termine la jornada de trabajo del 8 de octubre de 2020, por lo tanto, podrá solicitar su liquidación de prestaciones sociales y salarios adeudados conforme a lo enunciado en el Código Sustantivo del Trabajo."

En cuanto a la causa de la terminación del contrato al demandante, se puede colegir de acuerdo a las pruebas acopiadas en el trámite procesal, que el finiquito no se dio de manera unilateral por parte del empleador, con o sin justa causa, como lo ha expuesto la Alta Corporación, sino que lo que acaece en el *sub-examine* es que se dio paso a una forma legal de ponerle fin al vínculo laboral, lo que de manera alguna constituye un despido, ello en tanto se dio aplicación a la terminación por vencimiento del término o del plazo pactado, de acuerdo a la comunicación anteriormente referida, la cual el actor en su declaración aceptó haber recibido, además de aceptar que la razón de dicho escrito aludía al vencimiento del plazo pactado.

Situación que se acompasa con lo expuesto por los testigos ANGÉLICA LORENA FLORES quien también fue gerente de la accionada y adujo que le recibió el cargo al demandante, señalando que el Consejo de Administración le había terminado el contrato al actor un mes antes de que terminara el periodo de un año, lo que sabía porque había visto la carta de terminación en cuestión. Aspecto, que corroboró el testigo NELSON VELANDIA, quien hizo parte del Consejo de Administración y expuso que el contrato del accionante había terminado por la finalización del término por el que había sido contratado.

De lo expuesto, luce diáfano que la terminación del contrato de trabajo del actor no gravitó respecto a una terminación unilateral del contrato sin justa causa, sino a la expiración del plazo pactado de acuerdo a lo regalado en el literal c) del artículo 61, subrogado por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990, sin que el hecho de haberse enunciado el literal a) de la norma en cita, que hace alusión a la terminación del contrato por la muerte del trabajador, implique entender que la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo al demandante es ilegal o que carece de validez, pues resulta evidente la intención del empleador de no prorrogar el contrato de trabajo.

En esa medida, no se encuentra procedente el pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T., máxime cuando no se está frente a un despido con o sin justa causa y menos aún no se acreditó la estabilidad consignada en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que alegó el promotor del litigio.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado, por las razones anteriormente referidas. **SIN COSTAS** en esta instancia por no haberse causado.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

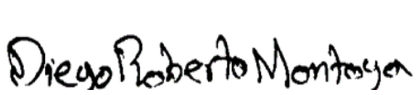
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 1º de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **32 2021 00199 01**
Demandante: TULIO GILVENCE MONTENEGRO SILVA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 7 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor TULIO GILVENCE MONTENEGRO SILVA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con la finalidad se declare la ineficacia de la afiliación que se efectuó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como consecuencia de lo anterior, se le ordene a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos a COLPENSIONES, y a su vez ordenar a esta última a recibir al actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir como si no hubiese existido el traslado, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Expone el demandante que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre el 12 de noviembre de 1986 y el 30 de abril de 1999; luego en este último año, los asesores de PORVENIR S.A. se acercaron a las instalaciones de la Gobernación del Meta, lugar donde laboraba y en el cual le ofrecieron beneficios superiores, razón por la cual promovió su traslado por medio de la suscripción del formulario de afiliación No. 1178622 del 28 de abril de 1999; sin embargo, en ningún momento le brindaron la información pertinente, veraz y oportuna, lo cual era deber de la AFP.

Adicionalmente señala que la AFP PORVENIR S.A. le realizó dos proyecciones de su mesada pensional, teniendo en cuenta que para el año 2021 cumplía la edad para pensionarse, es decir 65 años; para la primera proyección tendría una pensión de $877.803 sin que realice nuevas cotizaciones, y en la segunda proyección su mesada sería de $1.005.500 siempre y cuando cotice 12 meses al año. Dentro de esta APF, según la historia laboral, cuenta con 1489 semanas cotizadas y su IBC es de $4.800.000.

Por otro lado, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida también le realizaron una proyección, en la cual su mesada sería de $3.522.299; es decir que al comparar los valores entre estos dos regímenes se verifica un detrimento económico.

Finalmente, que agotó la reclamación administrativa por medio del derecho de petición dirigido a COLPENSIONES de fecha de 19 de febrero de 2021 bajo el radicado No. 2021_1911695, sin embargo, hasta la fecha de presentación de la demanda no dio respuesta a la petición, por lo cual se cumple con lo establecido en el artículo 6 del decreto 2158 de 1948, adoptado por el Decreto 4133 de 1948 y modificado por la Ley 712 de 2001.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no existe fundamento para

acceder a las pretensiones, debido a que el actor recibió la asesoría con toda la información suficiente y necesaria para entender condiciones, beneficios, características y consecuencias que implicaba el cambio de régimen; en consecuencia, suscribió el contrato de manera libre y espontánea, por lo cual la afiliación es válida. Además, es el actor quien debe acreditar que se presentó un vicio del consentimiento.

De igual forma, expone que de conformidad en el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, cumplió con el deber de brindar una información clara, veraz y oportuna; en consecuencia, el actor suscribió el formulario de afiliación; además reitera que solo con los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, se consagra la obligación de brindar la asesoría e información a los afiliados como para el público en general y de explicar a sus afiliados las consecuencias del traslado de régimen.

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

Por otra parte, COLPENSIONES también se opuso a todas las pretensiones exponiendo que el actor se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, por lo que no se debe emitir condena alguna por tal actuación.

Como excepciones propuso la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, intereses moratorios, improcedencia del traslado de régimen del pensionado, innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de abril de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., ordenando trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES, incluyendo los aportes efectuados junto a sus rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, esto último debidamente indexado. Ordenó a COLPENSIONES a recibir al actor como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado.

Como fundamento de la decisión señaló que en la Corte Suprema de Justicia con la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, ha establecido varios parámetros, tales como que el consentimiento informado no se acredita con la simple firma del formulario, que la carga de la prueba está a cargo de las AFP de manera tal que los asesores debían suministrar la información suficiente y clara para que se entendiera la incidencia de realizar estos actos jurídicos y lo que acarrearía en el derecho fundamental de seguridad social.

De igual manera en concordancia con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, no evidenció que la AFP haya cumplido con el deber de suministrar la información con la transparencia necesaria, razón por la cual es procedente declarar la ineficacia y en consecuencia disponer que la afiliación retorne al estado anterior al de la suscripción del formulario.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLPENSIONES apeló la sentencia para que esta se revoque al no tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica, en tanto COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y PORVENIR S.A., por lo que esta decisión no puede perjudicarla.

Refiere además que no es dable que se la condene a recibir al actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia se afecta el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo en cuenta el impacto a la reserva pensional.

Refiere además que de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el actor está inmerso en la prohibición para trasladarse de régimen pensional.

Finalmente, aduce que, si se determina el retorno del demandante, se debe condenar a la AFP que incumplió su deber legal de información al pago a favor de COLPENSIONES de los perjuicios económicos que ello genera.

Por otro lado, PORVENIR S.A. sustenta la alzada en que la afiliación fue libre y voluntaria, y se cumplieron con las obligaciones en cuanto a la información suministrada para el momento de la suscripción del formulario, teniendo en cuenta que se atendieron los parámetros que se tenían para ese momento, y que según el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, consistían en garantizar la mayor transparencia, sin que para esa época se haya estipulado el deber del buen consejo y de doble asesoría.

Resalta que el actor tenía la obligación de informarse sobre el acto jurídico, además de tener diferentes oportunidades para conocer su futuro pensional, siendo solo su inconformidad con el monto pensional lo que motiva la acción, lo cual no es un elemento que vicie su voluntad ni se constituye en un engaño.

Finalmente, solicita de manera subsidiaria que se modifique la decisión en cuanto al pago de gastos de administración y descuentos por seguros previsionales, en tanto tienen fundamento legal y los dineros fueron destinados al objeto de su creación, por lo cual no están en su poder.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la*

jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el

cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 28 de abril de 1999, radicado en el No. 1178622 (FL. 53 expediente digital), mediante el cual se trasladó a PORVENIR S.A. Formulario que, si bien refiere a que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no se colige que se haya confesado estar debidamente informado; por el contrario, manifestó que los asesores solo le comunicaron algunos beneficios, tales como que se podía pensionar de manera anticipada y que su dinero en el INSTITUTO DE SEGURTOS SOCIALES estaba en riesgo, ante una liquidación de la entidad, sin que se le hayan aclarado las ventajas, desventajas, características y diferencias entre ambos regímenes.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año de 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Por lo tanto, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., respecto de no incluir los gastos de administración/cuotas de administración, y gastos previsionales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Analizado lo anterior, se debe decir que no procede la petición frente a la modificación al pago de gastos de administración y los descuentos de seguros previsionales, además como se entiende que nunca debió realizarse el traslado, no existe razón para que la AFP PORVENIR S.A. no realice la devolución de los gastos de administración ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES.

En lo atinente al principio de sostenibilidad financiera propuesto en la apelación por COLPENSIONES, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en

sentencia SL 3464 de 2019, con radicación 76284 del 14 de agosto de 2019 ha señalado lo siguiente:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros".*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».*

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*
>
> *"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la*

administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de

pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema 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 como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la demandante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Adicionalmente, se tiene que no es dable emitir pronunciamiento alguno frente a lo señalado por COLPENSIONES en el recurso, esto es, que se condene a PROVENIR S.A. a indemnizarla, en tanto las pretensiones de la demanda se dirigieron por el afiliado en relación con la ineficacia del traslado.

Finalmente, con respecto a la prescripción en virtud del grado jurisdiccional de consulta, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"* motivo por el cual, el fenómeno prescriptivo no opera para la acción de ineficacia del traslado, lo cual también se predica de los gastos de administración, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de cada demanda en la suma de un SMLMV.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 7 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 050 **33 2019 00 390** 01
Demandante: DIANA ROCÍO ÁNGEL RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA, identificada con cédula de ciudadanía 51.713.048 y T.P. 67612 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DIANA ROCÍO ÁNGEL RODRÍGUEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se efectuara a través de la última AFP referida, por lo que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el valor total de los aportes realizados, junto con todos los rendimientos causados, el valor total del bono pensional, cuotas de administración y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses, así como que se le ordene a COLPENSIONES computar los tiempos cotizados en su historia laboral, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas, refirió que nació el 28 de julio de 1967, al igual que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 1987 y el 31 de diciembre de 1997, por lo que al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contaba con 591.29 semanas cotizadas.

Adujo que PROTECCIÓN S.A. le propuso trasladarse de régimen pensional como da cuenta el formulario de afiliación adiado el 31 de octubre de 1997, por lo que, para motivar su traslado, el asesor de aquel entonces le manifestó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desaparecería, insinuándole que su

pensión estaba en riesgo de perderse, asegurándole que se pensionaría con a menor edad y con una mayor mesada pensional.

Que no se le informó que el monto de su mesada pensional dependería exclusivamente de los aportes que tuviese en su cuenta de ahorro individual, y que podría ser inferior al 40% de la mesada que devengaría en caso de haber continuado afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que su retorno a COLPENSIONES sería limitado en el tiempo, aspectos todos que configuraron una omisión al deber de información que le asistía a PROTECCIÓN S.A., al no asesorarla sobre las ventajas y desventajada del traslado en forma clara, suficiente, completa y oportuna.

Por último, asevera que para el año 2000 se trasladó a la AFP COLPATRIA, la cual se fusionó con PORVENIR S.A., fondo pensional en el que permaneció hasta el año 2006, luego se trasladó a OLD MUTUAL S.A., en donde permaneció hasta el año 2007, retornándose nuevamente a PROTECCIÓN S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que resulta improcedente la nulidad de cambio de régimen de la demandante con destino a PROTECCIÓN S.A. en tanto, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir en error ante la presunta falta de un deber de información, o que coexista algún vicio en su consentimiento como lo es el error, la fuerza y el dolo, máxime si dentro de las solicitudes no se evidencia nota de protesta o alguna anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte de la demandante, por el contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, así como que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejarse observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Formuló como medios exceptivos los denominados descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. refirió en su contestación que la afiliación de la demandante ante sus dependencias se llevó bajo la égida de los lineamientos legales de la época, encaminada a poner de presente a los clientes o potenciales clientes las características que se encuentran en cada uno de los regímenes, dejando de presente además que dentro de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se le precisa a la persona la posibilidad que tiene de optar por una pensión a una edad anticipada, advirtiéndole que esto es procedente siempre y cuando cuenten con capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un S.M.L.M.V.

Igualmente, enfatizó que la figura de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez a la que tienen derecho, aplica en el evento de no cumplir con el capital requerido para acceder a la pensión de vejez, siempre y cuando cumpla con los requisitos de edad y semanas de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, dándoseles a conocer la posibilidad de obtener excedentes de libre disponibilidad, el factor de heredable del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a falta de beneficiarios, entre otras ventajas, advirtiendo que para la época de afiliación de la demandante en el año 1997 era imposible prever con exactitud cuál sería el monto de su pensión.

Propuso las excepciones 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 y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 declaró la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., por lo que a su vez declaró que la actora se encontraba válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.
Por tal razón, ordenó a PROTECCIÓN S.A. realizar el traslado de los dineros existentes de la actora en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales, ordenando igualmente a COLPENSIONES recibir el traslado de dichas sumas, así como activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida e integrar en su totalidad la historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, expuso el *a-quo* que, en atención de los preceptos tanto legales como jurisprudenciales, el deber de información que le asiste a las AFP para con sus afiliados al momento de trasladarse debe estar plenamente acreditado por el fondo, tópico que no se llevó a cabo por parte de PROTECCIÓN S.A., más aún si la suscripción del formulario de afiliación que realizara para el año de 1997 no puede atenderse como una correcta información.

Sopesó tal argumento, en el hecho que de las prueban documentales que reposan dentro del proceso, no obra ninguna que advierta una debida asesoría de la AFP encartada para el año 1997, sumado a que del interrogatorio de parte rendido por la demandante tan solo se indica una información parcial por parte del asesor de la época.

Que frente a los actos de relacionamiento que sostuvo PROTECCIÓN S.A. en sus alegaciones con ocasión a la reasesoría brindada en el año 2014, si bien dicho documento obra dentro del plenario, el mismo no se aportó de manera integral al proceso por las partes que componen la litis, por lo que no se puede auscultar cuál fue la asesoría realmente brindada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. Sostuvo en la alzada encontrar informidad en lo que concierne a las comisiones por administración, bajo el entendido que tal emolumento como el seguro previsional, se constituyen en descuentos previamente autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados, gastos que operan en ambos regímenes pensionales.

Que obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con el cual se demuestra que sus aportes obtuvieron una ganancia, aspecto que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados; de allí que de ordenarse el descuento de estos rubros se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la actora.

Refirió que además opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se descuentan en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez.

Por último, sostuvo que el fallador de instancia no adoptó la decisión de vincular a los demás fondos en los que la actora estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro Individua con Solidaridad, pese a que también deben

trasladar las comisiones de administración con destino a COLPENSIONES, sin que se deba hacer un recobro posterior, pues las mismas incluso por su derecho a la defensa debieron estar vinculadas, aspecto por el que se les debió vincular como litisconsortes necesarios por pasiva.

COLPENSIONES por su parte refirió en la azada que la decisión contrae consigo implicaciones económicas que perjudican la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en tanto la accionante no ha contribuido para la formación de la prestación económica, operando u traslado cuando le faltan menos de diez años para concretar el derecho; circunstancia por la cual, no se trata de aplicar de manera directa e indiscriminada las decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sino que por el contrario, debe analizarse si en la presunta falta de información se produce un efecto adverso como lo es la pérdida del régimen de transición, o por el contrario, solo se pretenda un beneficio indebido que contraría la normativa que regula de forma clara los términos y oportunidades que deben surtirse en el traslado entre regímenes.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga

reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede*

desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario de afiliación, por medio del cual la señora DIANA ROCÍO ÁNGEL RODRÍGUEZ realiza el traslado de régimen pensional a la AFP PROTECCIÓN S.A., con fecha del 31 de octubre de 1997, efectiva a partir del 1º de diciembre de 1997 (Fls. 21 y 222 CUADERNO DIGITAL PDF 01); ahora, si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado."*

De otra parte, no se avizora una confesión de la accionante al absolver el interrogatorio de parte, ya que en manera alguna señaló que la AFP en efecto

cumpliese a cabalidad con el deber de información, pues si bien expuso recibir alguna asesoría para el año 1997 atinente a que el asesor hizo énfasis a los rendimientos financieros que tendría y el ahorro a su capital para su futura pensión, el ser heredables los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, tales aspectos no pueden entenderse como el cumplimiento integral del deber de información, en tanto, como lo determinó el *a-quo*, resulta palmario que la actora no confesó una correcta explicación sobre las diferencias entre uno y otro régimen pensional, como tampoco la especial forma de pensionarse en cada uno de ellos atendiendo las diferentes modalidades pensionales existentes, entre otros aspectos.

Reforzando lo anterior y como lo consignó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado a la demandante para el año 1997, una "*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".*

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración recurrido por la apoderada de PROTECCIÓN S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con*

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que la AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Por otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción",* motivo por el cual, la excepción de

prescripción resulta impróspera, lo cual también se predica de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinado a financiar la pensión.

Ahora, PROTECCIÓN S.A. argumentó en su alzada que el fallador de instancia no dispuso la vinculación en su calidad de litisconsortes necesarios de las AFP COLPATRIA – hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., administradoras pensionales en las que la actora estuvo afiliada, de allí que las mismas también deban trasladar las comisiones de administración con destino a COLPENSIONES, sin que deba hacerse un posterior recobro ajeno a este proceso.

Para lo pertinente, habrá de advertirse que la decisión de primer grado se confirmará en su integridad. Nótese que en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., la etapa de saneamiento y fijación del litigio quedó consignada sin reparo de ninguna de las partes que componen la litis, a determinarse la ineficacia de la afiliación que realizara la demandante en el año de 1997 a través de POPRVENIR S.A., tópico por el que lo allí fijado fue óbice para la sentencia que puso fin a la instancia, máxime si la demandada PROTECCIÓN S.A. no impuso argumento ni medio exceptivo alguno en su contestación de demanda.

De otra parte, si bien no es objeto de reparo la vinculación horizontal de la demandante en diferentes AFP, como fue de PROTECCIÓN S.A. a COLPATRIA, luego a HORIZONTE y OLD MUTUAL S.A., retornándose nuevamente a PROTECCIÓN S.A. mediante formulario de afiliación adiado el 22 de mayo de 2007 (Fl. 22 CUADERNO DIGITAL PDF 01), lo cierto es que no puede perderse de vista que en la actualidad se encuentra vinculado en la primera AFP que originó el cambio de régimen, esto es PROTECCIÓN S.A., última que es la que se encuentra como demandada dentro del proceso, por lo que era dable desatar la controversia con dicha AFP y COLPENSIONES.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** a cargo de los demandados apelantes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

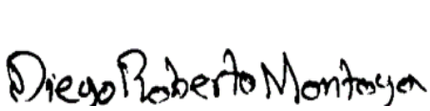
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un S.M.L.M.V. para cada uno de los demandados, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **34 2017 00739 01**
Demandante:	MARÍA CENELIA RINCÓN
Demandado:	COLPENSIONES Y LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO, identificada con cédula de ciudadanía 53.074.475 y T.P. 287.274 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala estudiar el proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., con ocasión de la sentencia proferida el 6 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA CENELIA RINCÓN presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a fin de que se declare la nulidad del dictamen No. 41401377-9897 de 25 de julio de 2017 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en el que se le califican las patologías de Apnea del Sueño, Insuficiencia Venosa Crónica Periférica y Otras Artrosis Especificadas, asignando un porcentaje de P.C.L. del 27.27% de origen común, con fecha de estructuración de 11 de octubre de 2016; igualmente, solicita se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común a partir de la fecha de estructuración antes referida, o partir de la calenda que se llegue a probar en el trámite procesal.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez de origen común a partir del 4 de septiembre de 2012 o de la fecha de estructuración que se llegue a probar, sumas que deben ser indexadas al momento del pago, además se condene al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo la gestora que nació el 10 de marzo de 1948, contando a la fecha de presentación de la demanda con 69 años de edad; que según la Historia Clínica y los Dictámenes de Calificación que aporta al plenario, padece de Apnea del Sueño, Osteoartrosis Primaria Generalizada e Insuficiencia Venosa Crónica Periférica. Adujo que el 24 de mayo de 2012 la accionada le notificó del dictamen No. 201310837KM en el que determinó una PCL de 17.8% de origen común, con fecha de estructuración de 4 de septiembre de 2014, respecto del diagnóstico de Artrosis no Especificada, ante el cual presentó inconformidad.

Acorde con lo anterior, refirió que el 9 de julio de 2014 la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA, le notificó dictamen No. 41401377 de 19 de junio de 2014, en el que resolvió el recurso otorgando una PCL del 20.51% respecto de los diagnósticos de Bronquiectasia y Artrosis Primaria y otras Articulaciones, con fecha de estructuración de 9 de junio de 2014. Señala que interpuso ante esa decisión los recursos de ley, por lo que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ emitió dictamen el 3 de diciembre de 2014 con el No. 40411377, resolviendo recurso de apelación determinando una PCL de 21.81% con fecha de estructuración 9 de junio de 2014, y manteniendo el origen y los diagnósticos señalados por la Junta Regional.

Narró que el 29 de abril de 2016 radicó nueva solicitud de calificación ante COLPENSIONES, pues los anteriores dictámenes no habían contemplado todos los padecimientos que la aquejaban, por tanto, la entidad emitió dictamen No. 2016153532FF de 20 de mayo de 2016, en el que fijó una PCL del 27.32%, respecto de los diagnósticos de Apnea del Sueño y Artrosis No Especificada, con fecha de estructuración del 13 de enero de 2016 y origen común. Más adelante, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA al resolver inconformidad frente a la anterior pericia, le notificó el 16 de noviembre de 2016 el dictamen No. 86912, en el que estableció una PCL del 27.27% frente a las patologías de Apnea del Sueño, Insuficiencia Venosa Crónica y Otras Artrosis, con fecha de estructuración del 11 de octubre de 2016.

Posteriormente, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ al desatar el recurso de apelación presentado por la activa, le notificó el 26 de julio de 2017 dictamen No. 41401377-9897, manteniendo la decisión atacada, frente al diagnóstico de Apnea del Sueño, Insuficiencia Venosa Crónica Periférica y Otras Artrosis Especificadas, pericia que de modo alguno establece el valor real de tales deficiencias y además no es acorde con la Historia Clínica, en lo relacionado con la fecha de estructuración, la cual debe corresponder al

4 de septiembre de 2012, calenda en la que fue valorada por ortopedia, evidenciando con anterioridad el diagnóstico de Artrosis. Por último, señaló que cuenta con 674.71 semanas cotizadas, de los cuales 146.86 corresponden a los últimos 3 años anteriores a la estructuración de sus patologías.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que el dictamen No. 41401377-9897 fue modificado en el sentido de determinar una PCL del 28.12% basándose en la Historia Clínica de la gestora y además que el dictamen No. 2016153532FF determinó como fecha de estructuración el 13 de enero de 2016, luego, al dar aplicación a la Ley 860 de 2003, es claro que no cuenta con 50 semanas de cotizaciones dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración; además dijo haber reconocido a la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la cual es incompatible con la pensión de invalidez deprecada.

Igualmente, señaló que el dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ fue proferido por especialistas idóneos, los cuales siguieron los criterios establecidos para calificar la invalidez.

Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, la cual fue resuelta en audiencia de 21 de febrero de 2019, en la cual se dispuso integrar como litisconsorte necesaria a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (Fl. 152 a 153- archivo 01).

Formuló como medios exceptivos de fondo los de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ al contestar la demanda señaló que se atenía a lo que resultara probado en el

trámite procesal, sin embargo, aclara que la decisión emitida por los profesionales de esa entidad están soportados en lo consignado en el Decreto 1507 de 2014 (Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional) y frente al procedimiento se ajustó a lo normado en el Decreto 1072 de 2015, basado en un análisis concienzudo de la Historia Clínica y la valoración médica realizada a la actora.

Propuso como excepciones de mérito las de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta, exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, competencia del Juez Laboral, buena fe y la genérica (Fls. 172 a 199 vto. archivo 01).

Mediante auto de 14 de febrero de 2020, se admitió reforma a la demanda presentada por la actora, en lo concerniente a los anexos de la demanda, en tanto, aportó el listado de casos en los que ha participado como perito la profesional que rindió la experticia que allegó la actora con la demanda (Fls. 222 a 223 y 244–archivo 01).

Así, mediante proveído de 18 de junio de 2021 se tuvo por contestada la reforma a la demanda por parte de COLPENSIONES y no contestada por parte de la litisconsorte necesaria JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (archivo 02).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de abril de 2022, absolvió a la demandada COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por la actora.

Para arribar a esa decisión la Juez de primer grado trajo a colación las normas que reglamenta la pensión de invalidez, esto es, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Además, hizo alusión al precepto legal que regulan las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993, precisando que tales entidades carecen de competencia para desatar las controversias que se susciten en torno a la calificación de la invalidez o la determinación del origen de la enfermedad, lo cual es del resorte de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, conforme lo regulado en el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, de ahí, que tales controversias no tienen efecto de cosa juzgada según lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que a través del proceso laboral le es posible al juez modificar o confirmar el dictamen emitido por la Junta de acuerdo a la pruebas recaudadas en el proceso, sin embargo, su decisión debe estar soportada en conceptos técnicos de instituciones o expertos en el tema.

Al referirse al dictamen No. 41401377-9897 de 25 de julio de 2017 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, frente al cual se solicita su nulidad, en el que se estableció que la actora padecía una PCL del 28.12% de origen común, con fecha de estructuración de 11 de octubre de 2016, verificó el análisis del dictamen que allegara la parte actora con el libelo demandatorio, en el cual se establecía un porcentaje del 50.7% y como fecha de estructuración el 4 de septiembre de 2012.

Seguidamente, señaló que las enfermedades de la demandante conllevaron a calificaciones desde el 24 de mayo de 2013, desarrollando patologías adicionales a la artrosis, como la Apnea del Sueño y la Insuficiencia Venosa Crónica Periférica. En esa medida, haciendo alusión al artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, expuso que toda patología que no fuese de origen profesional es considerada como de origen común y debe ser calificada por las entidades de Salud y Riesgos Profesionales, y consecuentemente serán las Juntas de Calificación de Invalidez las que desaten las controversias ante tales

dictámenes, los que deben estar debidamente sustentados, como fue el caso del emitido por la Junta Nacional, precisando que en su elaboración se tuvo en cuenta la historia clínica de la actora, la totalidad de patologías padecidas a la fecha, los exámenes para determinar la PCL y la fecha de estructuración, además se aplicaron los componentes fijados en el Decreto 1507 de 2014 vigente para la fecha de su emisión.

Al referirse al dictamen aportado por la demandante, indicó que este estableció como fecha de estructuración el 4 de septiembre de 2012, no obstante, para esa calenda no se le había diagnosticado a la accionante la Apnea del Sueño ni la Insuficiencia Venosa Crónica Periférica, por lo que para ese momento solo se hizo alusión a la Artrosis Primaria Generalizada, además señaló que la fecha de estructuración y el porcentaje no eran concordantes con los apartes de la Historia Clínica, pues el proceso de rehabilitación en 2012 aún no se había superado. Adicionalmente, la insuficiencia respiratoria relacionada con la apnea del sueño, solo fue determinada hasta el 11 de junio de 2014, tal como se dijo en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 19 de agosto de 2014; en cuanto a la insuficiencia venosa, advirtió que esa situación solo de dio hasta el año 2016, por lo que no podía retrotraerse la fecha de estructuración al año 2012.

Además, observó inconsistencias frente a la aplicación de las tablas de calificación aplicables al caso, de la misma forma, señaló que en los exámenes médicos practicados a la actora el 26 de enero de 2016, el médico tratante dejó constancia que no había daño vascular en los términos reseñados por la perito, en consecuencia, no eran de recibo las consideraciones efectuadas en su dictamen, por lo que ratificó la validez del dictamen objeto de inconformidad, de tal manera que no se acreditan los requisitos para conceder la pensión de invalidez deprecada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a la Sala establecer si en el presente asunto, es dable declarar la nulidad del dictamen No. 41401377-9897 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN INVALIDEZ el 25 de julio de 2017; en consecuencia, se verificará si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se determinó es objeto de aumento y si es posible modificar la fecha de estructuración; en caso positivo se auscultara lo atinente a la procedencia del otorgamiento de la pensión de invalidez deprecada.

c. Del Caso en Concreto:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de reproche que a la demandante la accionada COLPENSIONES mediante dictamen No. 201310837KM, le calificó una PCL de 17.8% de origen común, frente al diagnóstico de Artrosis no Especificada, con fecha de estructuración de 4 de septiembre de 2014; el cual fue modificado por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA, a través de dictamen No. 41401377 de 19 de junio de 2014, en el que otorgó una PCL del 20.51% y fijó como fecha de

estructuración de la invalidez el 9 de junio de 2014, respecto a los diagnósticos de Bronquiectasia y Artrosis Primaria y otras Articulaciones. A su turno, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante dictamen No. 40411377 de 3 de diciembre de 2014, aumentó la PCL en un 21.81%, manteniendo la fecha de estructuración, el origen y los diagnósticos señalados por la Junta Regional (fls. 8 a 9, 15 a 22 y 27 a 35 – archivo 01).

Tampoco se advierte discrepancia frente al hecho que la actora solicitó a COLPENSIONES una nueva calificación, por lo que la entidad emitió dictamen No. 2016153532FF de 20 de mayo de 2016, fijando como PCL el 27.32%, de origen común frente a las comorbilidad de Apnea del Sueño y Artrosis no Especificada, con fecha de estructuración del 13 de enero de 2016; decisión que fue modificada por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA a través de dictamen No. 86912, en el que asignó una PCL del 27.27% respecto de las patologías de Apnea del Sueño, Insuficiencia Venosa Crónica y Periférica y Otras Artrosis Especificadas, con fecha de estructuración del 11 de octubre de 2016. Por último, se estableció que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en dictamen No. 41401377-9897 de 25 de julio de 2017, modificó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral aumentándolo en un 28.12%. (Fls. 38 a 43, 49 a 56 y 63 a 73).

En punto de lo anterior, se advierte que en dichos dictámenes el último diagnóstico motivo de la calificación fue el de Apnea del Sueño, Insuficiencia Venosa Crónica y Periférica y Otras Artrosis Especificadas.

Expuesto lo anterior, imperioso resulta memorar que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto ley 019 de 2012, estableció:

> *"[…] Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de*

Riesgos Profesionales<6> - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales."

Asimismo, se indica en el parágrafo del artículo 40 del Decreto 1352 de 2013 y en el artículo 44 *ejusdem*, que los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de estos pueden ser sometidas a un control ante la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades Laboral y de la Seguridad Social, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente como del grado de pérdida de la capacidad laboral y su fecha de estructuración.

Adicionalmente, no sobra advertir que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez o la Tabla de Calificación vigente en el momento de la calificación o dictamen que le otorgó el derecho, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos y los fundamentos técnicos y científicos de sus conclusiones, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado, según se indica en el parágrafo 4º del artículo 30 y los artículos 40 y 54 del Decreto 1352 de 2013.

En el mismo sentido, el inciso 9º del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, reitera que tal calificación además debe contener los criterios técnico científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por

sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente. Igualmente, el artículo 52 del Decreto 1352 de 2013 señala que la calificación de la invalidez debe ser integral de conformidad la Sentencia C-425 de 2005 y el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, lo cual aplica para las entidades del Sistema que tienen a su cargo los Riesgos de Invalidez y Muerte o bien de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez.

En el caso concreto, es claro que para determinar el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ debía tener en cuenta todas las anteriores consideraciones; no obstante, el dictamen emitido por la mencionada Junta, no es la prueba exclusiva para determinar lo factores de cualquier afectación o patología y así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral en varias oportunidades, entre otras, en sentencias con Radicación No. 24392 de 29 de junio 2005, reiterada en la SL5622-2014, Radicación No. 52072 y SL1420-2022 Radicado 91045 de 4 de mayo de 2022, que señalan que se deben estudiar todos los elementos probatorios con el fin de determinar cuáles son las que forman el convencimiento suficiente para definir el problema jurídico planteado.

Así las cosas, ha de precisarse que el Juzgado primigenio en el transcurrir del trámite procesal, decretó como pruebas las aportadas por las partes, entre las cuales se encuentran el Dictamen No. 41401377-9897 de 25 de Julio de 2017, del cual se depreca su nulidad, el cual asignó a la promotora una PCL del 28.12%, de origen común por los diagnósticos de Apnea del Sueño, Insuficiencia Venosa Crónica y Periférica, y Otras Artrosis Especificadas, con fecha de estructuración 11 de octubre de 2016. (Fl. 64 a 73 archivo 01).

Asimismo, la actora aportó Dictamen Pericial adiado el 9 de noviembre de 2017, emitido por la profesional de la medicina DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ, quien determinó una PCL de 50.7% de origen común por los

diagnósticos de Apnea del Sueño, Insuficiencia Venosa Crónica y Periférica, y Osteoartrosis Primaria Generalizada, con fecha de estructuración 4 de septiembre de 2012, es decir, que arribó a la conclusión que la fecha del primer dictamen que profirió COLPENSIONES No. 201310837KM de 26 de abril de 2013 era la que debía mantenerse; cambio que sustentó indicando:

> *"Fecha de valoración Ortopedia, luego del diagnóstico de artrosis de manos. Para esta fecha ya se habían realizado las terapias recomendadas, sin presentar mejoría; además se había descartado artropatía infamatoria Y neuropatía periférica"* (Fls. 76 a 85 archivo 01).

Respecto de dicho medio de convicción, se surtió su contradicción en los términos del artículo 228 del C.G.P. en audiencia celebrada el 7 de diciembre de 2021.

En tal sentido, observa la Sala respecto de la enfermedad de Osteoartrosis Primaria Generalizada que le fue calificada en el dictamen atacado, que si bien desde el Dictamen No. 201310837KM de 26 de abril de 2013 que emitió COLPENSIONES se le había determinado a la actora una Artrosis no Especificada (Fl. 8 a 9 archivo 01), lo cierto es que para el 4 de septiembre de 2012, fecha que estableció la perito en el dictamen que aportó la actora como fecha de estructuración de las patologías por las cuales fue calificada y que le asignaron según esa experticia una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, no le habían sido diagnosticadas las enfermedades de Apnea del Sueño e Insuficiencia Venosa Crónica y Periférica, como lo señaló la Juez de primer grado.

Frente a la Apnea del Sueño se avizora que fue diagnosticada con el dictamen No. 2016153532FF de 20 de mayo de 2016 que emitió COLPENSIONES; ahora, es de mencionar que en el Dictamen No. 41401377 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA el 19 de junio de 2014 ya se venía reseñando un diagnóstico de bronquiectasia

que refiere a una afección respiratoria, empero, lo cierto es que en la Historia Clínica obra examen médico denominado Polisomnograma Basal efectuado el 24 de junio de 2015, que evidenció la Apnea del Sueño (archivo 01.2 CD Folio 105), sin que obre prueba en el plenario que permita concluir que la actora padeciera esa clase de afección en el año 2012.

Respecto a la Insuficiencia Venosa Crónica y Periférica, se observa que en el dictamen que emitió COLPENSIONES No. 2016153532FF de 20 de mayo de 2016, si bien no determina tal patología, si menciona a que a la actora se le realizó cirugía vascular el 13 de enero de 2016, precisando *"Enfermedad varicosa grado II sintomática de larga data, dolor y edema. No úlceras"*; posteriormente la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA en el dictamen No. 86912 de 3 de noviembre de 2016, califica esa enfermedad y además se evidencia que en el expediente se encuentra examen médico denominado Dúplex Scan Color Venoso de Miembros Inferiores practicado el 26 de enero de 2016, en el que se indica *"no hay evidencia de trombosis venosa profunda ni superficial en miembros inferiores"* (Fls. 3 y 12 – archivo 01.6 CD Folio 200 - Exp. 71504 María Cenelia Rincón - Jul-17), afección de la que se confirma su existencia en el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ aquí discutido; no obstante, es palmario que esa tampoco era una enfermedad que padeciera la actora en el año 2012.

En cuanto al porcentaje que le asignó el peritaje allegado por activa se encuentra que para esa enfermedad asignó un 50% aplicando la tabla 2.8 y el que realizó la Junta Nacional se basó en la tabla 2.7 con un porcentaje de 24% (Fl. 72 y 81 - archivo 01), estableciéndose que la perito destinó un porcentaje elevado correspondiente al 50% de la clase 3 de la tabla 2.8 del Manual Único de Calificación (Decreto 1507 de 2014), el cual es aplicable para el factor modular en casos en los que se evidencia enfermedad vascular persistente esparcida o úlcera profunda involucrando una extremidad con estudios anormal moderadamente; en tanto, el aplicado por la JUNTA NACIONAL DE

CALIFICACION DE INVALIDEZ que si bien dijo que correspondía a la clase 2.7, el cual es asignado para miembros superiores, lo cierto es, que la tabla 2.8 aplica un porcentaje entre 15 a 49%, siendo congruente con el fijado por la Junta de un 24% para el mismo factor modular; por ende, no se acredite que se haya incurrido en error en tal aspecto.

Así las cosas, puede colegirse que el dictamen emanado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fechado el día 25 de julio de 2017 goza de plena validez, como quiera que no se logró demostrar la existencia de todas las patologías para la fecha de estructuración establecida en el dictamen pericial, más aún, cunado no existe evidencia que el porcentaje asignado por la pericia que aportó la actora, fuese proporcional con el estado de salud de la actora, ello en tanto, se reitera, el porcentaje asignado por la accionada se encuentra en los límites que establece el manual de calificación.

Como corolario de lo anterior, se tiene que por activa no se acreditó que en el dictamen impugnado en este plenario se haya incurrido en error al establecer el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración; en tanto, el que allegó la demandante, no permitió determinar con total certeza su concordancia con las pruebas recaudadas en el trámite procesal como viene de verse.

En esa dirección, no es posible avanzar con el estudio de la pensión de invalidez que se reclama al no estar acreditados los presupuestos establecidos en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 que impone una pérdida de capacidad laboral del 50% o más y del artículo 39 de la misma obra, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que indica que se deben haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, es decir, entre el 12 de octubre de 2013 y el 11 de octubre de 2016, última calenda fijada en el dictamen emanado por la Junta Nacional, dado que en el reporte de semanas emitido por Colpensiones de folio 3 del archivo 01, no se encuentran cotizaciones en pensiones en ese lapso;

circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 el 6 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **35 2021 00082 01**
Demandante:	JOSÉ ALFREDO MUNEVAR OLARTE
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, al abogado JULIAN ENRIQUE ALDANA OTALORA, identificado con cédula de ciudadanía 80032677 y T.P. 236927 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ ALFREDO MUNEVAR OLARTE promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con la finalidad que se declare la nulidad absoluta del traslado que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la última referida y, si se encuentra probado, se declare la nulidad de los traslados que realizara en distintas AFP.

En virtud de lo anterior, se declare que siempre estuvo afiliado válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implicó el traslado de régimen.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total existente de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte inicialmente en el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, siendo trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de abril de 1998, sin que se le haya brindado una información suficiente. Que, por tal razón, el 17 de diciembre de 2020 solicitó a PORVENIR S.A. toda la documentación relativa a su traslado, la cual mediante carta adiada el 13 de enero de 2021, dio respuesta señalando que no existía ningún soporte documental, sin responder de fondo ni de manera precisa a todos los interrogantes planteados en la petición.

Al unísono, señaló que el 25 de enero de 2021 elevó ante COLPENSIONES solicitud de declarar nulo su traslado, la cual negó por improcedente. Sostuvo que en lo que concierne al traslado realizado en su momento, el mismo no se surtió en debida forma como quiera que, no le fueron proporcionadas las

respectivas ilustraciones y/o informaciones propias que deben proveerse a un potencial afiliado, previo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, como son los cálculos y proyecciones respecto a su futuro pensional, más las implicaciones que el cambio de régimen conlleva.

Que dentro de los argumentos que utilizó el asesor de PORVENIR S.A. de su entonces para ser persuadido, fue que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se extinguiría y, por ende, podría perder las cotizaciones realizadas, aunado a que, en lo que concierne al consentimiento informado, tampoco le fueron informadas las consecuencias que le acarrearía trasladarse de régimen pensional, de allí que la afiliación efectuada no puede producir efecto alguno.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Precisó en principio que el traslado realizado por el demandante a sus dependencias se llevó a cabo el 1º de enero de 2002, con fecha de efectividad a partir del 1º de marzo de la misma anualidad.

Refirió que la información suministrada al demandante por parte de los asesores comerciales consistió en cada una de las características que trata el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suministrándole para ello una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características de dicho fondo, siendo finalmente el afiliado quien decidió, así como que informó de manera clara y oportuna al actor 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 permitan obtener una mesada pensional superior al 110% del S.M.L.M.V.

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

COLPENSIONES por su parte adujo la oposición de la nulidad absoluta perseguida por el demandante, toda vez que dentro del expediente no obra

prueba alguna que acredite que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de PORVENIR S.A., o que existan vicios en el consentimiento tales como el error, la fuerza o el dolo. Asimismo, tampoco se evidencia dentro del caudal probatorio exista nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del demandante, por el contrario, se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso las excepciones 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 y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021 declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, ordenó a dicha AFP trasladar con destino a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

Asimismo, condenó a PORVENIR S.A. pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión del actor por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliado en el fondo privado, condenando a su vez a COLPENSIONES a afiliar al actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a PORVENIR S.A.

Para arribar a dicha conclusión, adujo el *a-quo* que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

atendiendo la inversión de la carga probatoria respecto de las AFP, le correspondía a PORVENIR S.A. demostrar que para la fecha del traslado del demandante, le hubiese suministrado una información de buen consejo sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, en especial, el funcionamiento legal y preciso sobre cada uno de ellos, aspecto que no fue llevado a cabo por la encartada; circunstancia por la cual, al existir dentro del presente asunto una afiliación desinformada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es ineficaz su actuar, de allí que se retrotraigan las cosas a su estado natural.

También hizo alusión que al prosperar la ineficacia del traslado y según lo dispuesto por el órgano de cierre, resulta procedente la devolución por parte de PORVENIR S.A. de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, dichos recursos deben ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, criterio que es aplicable al porcentaje designado a la constitución del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que la afiliación del demandante ante sus dependencias fue plenamente válida y eficaz como da cuenta la suscripción del respectivo formulario de afiliación, único documento que se requería para la fecha del traslado.

Que si bien el deber de información ha existido desde el inicio, el mismo en el transcurrir del tiempo ha tenido un desarrollo tanto legal como jurisprudencial que ha venido ampliándose; sin embargo, dentro del presente asunto no se realizó la debida interpretación de la norma toda vez que frente al momento histórico en que el demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1994, lo más importante era impedir la coacción a la libre escogencia del régimen pensional, situación última que se respetó según consta dentro del formulario de afiliación, de ahí que requerir documentos o asesorías adicionales para la afiliación del actor, son situaciones posteriores que no deben tenerse en cuenta.

También encontró reproche en lo que concierne a la condena por gastos de administración, pues argumenta que resulta desproporcionada tal devolución bajo el entendido que las deducciones que se llegaron a realizar lo fueron bajo el amparo de la ley, según lo regula el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, más aún si existió una correcta administración de los recursos en el transcurrir del tiempo.

COLPENSIONES refirió que se pasó por alto que, para el momento del traslado del demandante de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, la aceptación espontánea, libre, expresa e informada de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, aspecto que quedó plenamente consignado dentro del *sub-examine,* al igual que, la directriz doctrinaria emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia nada exige probatoriamente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por

escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 1º de enero de 2002 con PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de enero de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 52 y 70 – 27. CONTESTACIÓN DEMANDA), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que*

las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una debida información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de la encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2002, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,*

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Finalmente, con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de cada demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 29 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **35 2021 00148 01**
Demandante:	MARGARITA MARÍA PÉREZ GOYENECHE
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, al abogado JULIAN ENRIQUE ALDANA OTALORA, identificado con cédula de ciudadanía 80032677 y T.P. 236927 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARGARITA MARÍA PÉREZ GOYENECHE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como resultado de la omisión del deber de informar con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, así como las prestaciones económicas que obtendría.

Por tal razón, se declare que, para todos los efectos jurídicos, ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad en su afiliación, por cuanto el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no puede producir efectos al no haberse realizado de manera libre y espontánea.

En tal sentido, se ordene a PORVENIR S.A. devolver con destino a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte y gastos de administración que hayan sido descontados durante todo el tiempo de afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Asimismo, se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como a recibir los aportes y rendimientos financieros devueltos por PORVENIR S.A. y, actualizar, corregir y poner a su disposición la historia laboral, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

Como pretensiones subsidiarias, solicita se declare inexistente del acto por medio del cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que para

todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido COLPENSIONES sin solución de continuidad en su afiliación, así como que se le ordene a PORVENIR S.A. la devolución con destino a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de la AFP privada.

Se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación, considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por PORVENIR S.A. y, actualizar, corregir la historia laboral y ponerla a su disposición, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 21 de julio de 1966, iniciando sus cotizaciones pensionales en el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a partir del 4 de agosto de 1986, siendo enfática en destacar que se encuentra vinculada como docente oficial desde 24 de octubre de 2005.

Relató que ante una campaña de desinformación de las AFP, firmó el formulario de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., traslado que se produjo sin tener información concreta, clara y veraz de las consecuencias de su decisión, ya que la AFP encartada omitió comunicarle lo pertinente sobre cuál podría ser el monto pensional en ambos regímenes, sin que del formulario exista constancia alguna sobre tal aspecto.

Asevera que al momento del traslado, el asesor comercial de PORVENIR S.A. le indicó que se podría pensionar a la edad que quisiera, omitiendo la información de las condiciones para lograrlo, no le mencionó que el monto de la mesada pensional dependía del capital que lograra acumular en su cuenta

de ahorro individual, que su mesada pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no dependía del ahorro sino del tiempo acumulado en semanas de cotización, edad y salario base de cotización.

Que tampoco se le informó que el valor de la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no estaría sujeta al comportamiento de la economía y del mercado financiero, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el monto acumulado depende de tal factor, que por demás puede sufrir fluctuaciones; no se le indicó que podía hacer aportes voluntarios en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que podían incrementar el valor de la pensión y no se le suministró un cálculo actuarial que le permitiera conocer el valor de la mesada pensional en uno u otro régimen, entre otras situaciones de plena desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de sus dependencias, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión.

Igualmente refirió que la permanencia de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad durante 20 años, ha sido producto de su voluntad y su expectativa legítima de pensionarse bajo las condiciones de este, máxime si jamás expresó inconformidad alguna por ausencia de información o solicitó su traslado con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, teniendo amplios términos para hacerlo por cuanto la primera afiliación se produjo en el año 2001.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES por su también se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna que acredite que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de PORVENIR S.A., o que existan vicios en el consentimiento tales como el error, la fuerza o el dolo.

Asimismo, tampoco se evidencia dentro del caudal probatorio exista nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del demandante, por el contrario, se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso las excepciones 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, ordenó a dicha AFP trasladar con destino a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

Asimismo, condenó a PORVENIR S.A. pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliada en el

fondo privado, condenando a su vez a COLPENSIONES a afiliarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a PORVENIR S.A.

Para arribar a dicha conclusión, adujo el *a-quo* que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo la inversión de la carga probatoria respecto de las AFP, le correspondía a PORVENIR S.A. demostrar que para la fecha del traslado de la demandante, le hubiese suministrado una información de buen consejo sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, en especial, el funcionamiento legal y preciso sobre cada uno de ellos, aspecto que no fue llevado a cabo por la encartada; circunstancia por la cual, al existir dentro del presente asunto una afiliación desinformada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es ineficaz su actuar, de allí que se retrotraigan las cosas a su estado anterior.

También hizo alusión que al prosperar la ineficacia del traslado y según lo dispuesto por el órgano de cierre, resulta procedente la devolución por parte de PORVENIR S.A. de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, dichos recursos deben ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, criterio que es aplicable al porcentaje designado a la constitución del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que la declaratoria de la ineficacia del traslado conllevan consecuencias que afectan el patrimonio como entidad, pues si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que cada caso debe ser analizado de manera particular, por lo que dentro del presente asunto la demandante no puede estar exonerada del deber que le asiste de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen

pensional, en tanto, no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, máxime si de su elección dependería su futuro pensional, es decir, que fue negligente con relación a este aspecto.

Manifestó que en el *sub-lite* llama la atención que la aquí demandante se afilió al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en el año 1996, cotizando 14 semanas y luego dejó de cotizar, trasladándose con posterioridad al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., más exactamente en el año 2001, lo que da lugar que al momento del traslada se encontrase desvinculada en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, de allí que no resulte la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte PORVENIR S.A. argumentó la revocatoria total de la decisión emanada por el operador de instancia, en el entendido que, los asuntos de ineficacia no deben ser tratados de manera automática, de ahí que se afecten dentro del presente asunto los principios fundamentales de la confianza legítima y la sostenibilidad financiera, pues no se puede dejar de lado que el formulario suscrito por la actora en el año 2001 era el documento exigible legalmente válido para la época, más aun si a dicha data no existía ninguna exigencia de dejar documentada la asesoría brindada.

De otra parte, sostuvo que en ningún momento la demandante efectuó ninguna queja o duda y tan solo después de 20 años manifiesta su inconformidad, pretendiendo desconocer la prohibición legal de traslado de regímenes al tenor de lo consagrado en la Ley 797 de 2003.

Seguidamente, señaló que los gastos de administración no financian la mesada pensional de la demandante, por lo que no son susceptibles de devolución teniendo en cuenta que son obligaciones de tracto sucesivo, por lo cual son susceptibles del fenómeno prescriptivo.

Por último, mencionó que en lo que concierne a las costas procesales, las mismas deben ser compartidas conforme al factor objetivo del artículo 365 del C.G.P. y lo expuesto por la Corte Constitucional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo

estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar*

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 20 de abril de 2001 a través PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de junio de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 79 y 80 - CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la*

afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que los asesores solo le informaron sobre el aporte que debía sufragar de manera mensual como dependiente y que lograría pensionarse en el momento en que cumpliera la edad mínima de pensión, incluso, en su relato la actora señaló que no tenía conocimiento de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, por lo que es palmario que no se confesó que se le haya informado sobre la ventajas, características y diferencias de ambos escenarios de regímenes pensionales.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2001, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

De otra parte, aduce COLPENSIONES que para el momento del traslado la accionante se encontraba desafiliada del Sistema; ello en tanto solo había cotizado 14 semanas en el año 1996, dejando de cotizar hasta el año 2001, cuando suscribe el formulario de afiliación.

Al respecto debe acotarse que la accionante ostenta la calidad de afiliada desde la primera inscripción en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que tal calidad ni la relación de afiliación, se trunquen por dejar de realizar de cotizaciones. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *"La precisión del concepto "afiliación" también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina "alta", y aquéllas en que no lo está (se denomina "baja")*.

Así las cosas, estima la Corporación que la accionante ostentaba una relación de afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, antes del traslado de régimen pensional, por lo que no resulta factible estimar que el formulario suscrito en el 2001, no corresponda a un traslado sino a una vinculación inicial al Sistema General de Seguridad Social.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Finalmente, con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Por último, atendiendo el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. referente a que las costas de primer grado, deprecando que sean también impuestas de manera compartida a COLPENSIONES, se debe señalar que PORVENIR S.A. no tiene legitimización para recurrir la absolución de costas procesales a COLPENSIONES, ello en tanto la parte demandante no formuló reparo alguno sobre tal aspecto.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de cada demanda en la suma de un S.M.L.M.V.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	11001 31 050 **35 2021 0020201**
Demandante:	SANDRA YANIRA MEDELLIN SANTANA
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado DAVID GUILLEN RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.014.180.670 y T.P. 220267 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA YANIRA MEDELLIN SANTANA, formuló demanda en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., fundamentada en el incumplimiento del deber de información de la citada AFP e inducirla al error al momento del traslado de régimen pensional.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual como los aportes obligatorios y los rendimientos generados; asimismo se condene a COLPENSIONES a actualizar su historia laboral y recibir los dineros descritos sin que PORVENIR S.A. realice algún descuento por costos de administración.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Sostiene la demandante como fundamento de sus pretensiones que nació el 31 de julio de 1964; que antes de estar afiliada a PORVENIR S.A. cotizaba con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, no obstante, con la expedición de la Ley 100 de 1993 fue inducida por asesores de PORVENIR S.A. para trasladarse de régimen pensional, situación que perdura hasta la actualidad.

Seguidamente, manifiesta que la información recibida por parte de los asesores de PORVENIR S.A. no fue completa, en tanto se omitió señalar el monto que debía cotizar en la cuenta de ahorro individual a efectos de acceder a una pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como entregar una proyección de la mesada pensional en los dos regímenes, los requisitos de edad y tiempo, los efectos de los rendimientos financieros en su mesada pensional así como la incidencia de las fluctuaciones del mercado en la prestación económica.

En el mismo sentido, expresa que se dio cuenta del engaño efectuado por la AFP cuando después de varias asesorías legales comparó los dos valores de su pensión tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, resultando que en el primero iba a tener una pensión del 17% de su IBC, mientras que en el segundo tendría un valor del 75%.

1.3CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones al considerar que no obra prueba alguna que indique la inducción al error predicada en el escrito de demanda; por el contrario, las pruebas aportadas dan cuenta de la voluntariedad y libertad en la suscripción del formulario de afiliación de la accionante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Asimismo, que se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen y no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Formuló las excepciones 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 administradores de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones consignadas en el escrito de demanda, basándose en que la afiliación de la demandante fue libre, espontánea, sin presiones o engaños, además de precedida de la información clara y completa sobre las distintas características de los regímenes pensionales, lo cual se acredita con el formulario de afiliación, lo cual además se corroboró cuando la accionante ratificó su voluntad al vincularse con HORIZONTE de manera posterior. Asimismo, que siempre cumplieron con la

normativa dictada por la Superintendencia Financiera, se garantizó el derecho al retracto y la demandante está inmersa en la prohibición legal para trasladarse.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante PORVENIR S.A., y consecuencialmente ordenó trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; así como a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, y se afilie a la demandante nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a pagar costas y agencias en derecho.

Para llegar a esa conclusión, el *a-quo* argumentó, basado en los postulados de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que se deben cumplir ciertas subreglas para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Primeramente, puntualizó sobre la carga de la prueba que tienen las AFP de probar que la información suministrada en el momento del traslado fue la necesaria para que el afiliado pueda elegir entre las opciones que brinda el mercado y encontrar la más beneficiosa según su situación; seguidamente, expuso que es obligación de las AFP demostrar que no hubo asimetría en la información atendiendo al deber que les asiste. De la misma manera señaló

que el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar la información brindada.

En el mismo sentido, estimó que la información brindada debe contener las ventajas y desventajas de cada régimen, además del análisis de la situación particular del afiliado, ya que al ser las AFP expertas en el campo de las contingencias de invalidez, vejez y muerte deben cumplir con el deber de diligencia y cuidado como lo estipula el artículo 1604 del Código Civil.

Por lo anterior, descendiendo al caso, encontró que no se cumplió por parte de PORVENIR S.A. con la carga probatoria que le endilga el precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia, pues no aportó al proceso las pruebas necesarias para demostrar que brindó la información necesaria al momento del traslado sino solamente los formularios de afiliación, y a razón de ello la ineficacia debe ser declarada con sus correspondientes efectos, entre otros la devolución de los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia proferida por el *a-quo,* mencionando que si bien conoce el precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral frente a la carga de la prueba que se le endilga las AFP, resalta que este no debería ser aplicado de manera indiscriminada y no se pueden exigir obligaciones que no estaban a su cargo, en tanto al momento del traslado de la demandante solamente era necesaria la suscripción del formulario de afiliación, sin la necesidad de realizar un documento en el que constara la información brindada, obligación que surgió hasta el año 2014.

De la misma manera expone que la accionante incurre en actos de relacionamiento, teoría desarrollada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias como la SL3752-2020, ratificando su deseo y

vocación de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en tanto no manifestó un retorno a COLPENSIONES, sino que prefirió realizar traslados horizontales en el mentado régimen pensional.

Finalmente, solicita que en caso de mantener la declaratoria de ineficacia se absuelva a PORVENIR S.A. de devolver las comisiones de administración, puesto que son autorizadas por la ley como contraprestación por el manejo de los aportes y generar rendimientos que aumentan el saldo en la cuenta de ahorro individual; además, de confirmarse la condena se estaría causando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; en la misma línea mencionó que aplica la prescripción a estos conceptos por no estar destinados a financiar la pensión y ser de tracto sucesivo, debiéndose disponer las restituciones mutuas.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, al considerar que la afiliación con PORVENIR S.A. es válida al ser libre, espontánea y sin presiones, como lo demuestra el formulario de afiliación, máxime que la demandante no cumplió con su deber como consumidora de informarse sobre el funcionamiento del sistema pensional, lo cual confesó en el interrogatorio de parte, al aseverar que no se acercó a PORVENIR S.A. ni a COLPENSIONES para adquirir dicha información.

Finalmente sostiene que, según el principio de sostenibilidad financiera, en el entendido que sería COLPENSIONES quien asumiría la carga de pagar las mesadas pensionales que se causen derivadas del traslado de régimen pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para abordar el problema jurídico planteado, se ha de tener en cuenta que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble*

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las*

particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, en el presente proceso se allega el formulario de afiliación que suscribió la parte actora el 9 de mayo de 2003 a la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 95 del documento digital 12. CONT 2021 00202 SANDRA YANIRA MEDELLÍN SANTANA vs PORVENIR S.A.) y el efectuado con HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. del 13 de mayo de 2005 (Fl. 96 del documento digital antes reseñado) formularios que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otra parte, del interrogatorio de parte practicado a la demandante se puede extraer que es economista, señalando que la afiliación efectuada en PORVENIR S.A. en el año 2003 acaeció cuando se iba a vincular con el banco GRANAHORRAR, aseverando que, en la reunión para su contratación con la oficina de recursos humanos, se le entregaron diversos documentos para ser suscritos, entre ellos el formulario de afiliación con PORVENIR S.A.

Seguidamente manifiesta que las promociones e información de parte de PORVENIR S.A. comenzaron a llegar después de promover el proceso de ineficacia, pues anteriormente no visualizaba información en su correo.
Por lo anterior, se tiene que no se avizora una confesión de la accionante de haber recibido la información necesaria por parte de PORVENIR S.A., a efectos de cumplir con el deber de información.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al demandante para el año 2003, una "*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".*

Sobre los actos de relacionamiento, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha trazado un sólido criterio plasmado entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 manifestando lo siguiente:

> "*la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*"

Por lo anterior, no es dable predicar que los traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sean una manifestación de convalidación que implica tener la decisión por debidamente informada. De otra parte, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021del 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".*

Concluye la Sala por lo expuesto, que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora SANDRA YANIRA MEDELLIN SANTANA.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema 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 como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa, situación que también se predica de los gastos de administración.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de los demandados apelantes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

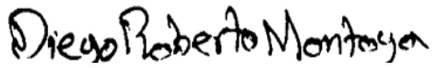
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



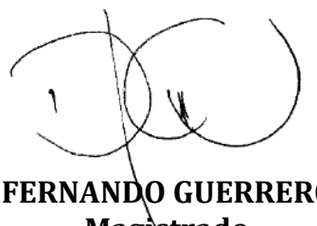
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **36 2020 00375 01**
Demandante:	GRACIELA BERMUDEZ LAMPREA
Demandado:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA ALEJANDRA CIFUENTES VARGAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.244.637 y T.P. 294.799 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 18 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GRACIELA BERMÚDEZ LAMPREA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, con la finalidad que

se declare la nulidad del traslado que efectuó la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

En virtud de lo anterior, se ordene a la convocada a juicio COLFONDOS S.A., a trasladar a la enjuiciada COLPENSIONES todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses; además, se ordene a COLPENSIONES recibir dichas sumas de dinero; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 9 de marzo de 1959, contando en la actualidad con 61 años; de otra parte, expuso que laboró en el sector privado por lo que efectuó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 4 de diciembre de 1978 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Seguidamente, mencionó que se trasladó en enero de 2001 al fondo de pensiones COLFONDOS S.A. mediante formulario de vinculación No. 7637933, el cual fue diligenciado de manera incompleta, aduciendo además no recordar haberlo suscrito.

De la misma forma, narró que el fondo privado faltó a su deber de información, dado que no le indicó las posibles desventajas que acarrearía el traslado, ni le efectuó un estudio de rentabilidad respecto de su situación pensional. Refirió que el 26 de febrero de 2020 solicitó a las accionadas la nulidad del traslado del régimen, pedimento que fue resuelto de manera desfavorable a sus intereses.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda sin oponerse a las pretensiones del escrito inaugural que involucren a esa sociedad en lo que respecta a la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de la actora a ese fondo de pensiones y el consecuente retorno de los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional con sus respectivos rendimientos, sin

embargo, se opuso a la condena en costas. Adicionalmente, señaló que no formulaba medio exceptivo alguno.

Entre tanto, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no tuvo injerencia en la decisión de traslado de régimen de la actora, el que según el formulario de afiliación y las cotizaciones a COLFONDOS S.A. se dio de manera libre y voluntaria; además la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, mecanismo dispuesto por el legislador para proteger la sostenibilidad financiera de la entidad.

Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema - Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de abril de 2022 declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora el 30 de enero de 2001 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., y como consecuencia de ello, ordenó a dicha AFP normalizar la afiliación en el SIAFP, y trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas.

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES recibir todos los aportes e imputarlos a la historia laboral de la accionante; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó a las accionadas al pago de costas.

Para arribar a dicha conclusión adujo la *a-quo* que, el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, establece el deber de información. A su vez expuso que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado, no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este.

Postura que fue reiterada en sentencia SL1688-2019, en la que además se establecieron varias sub reglas como son: i) no se debe demostrar un perjuicio o menoscabo económico para que se declare la ineficacia, ii) la sola firma del formulario no es indicativa que el afiliado recibió información, iii) no es posible aplicar las reglas de la nulidad, es decir, demostrar los vicios del consentimiento por parte del afiliado, y iv) las administradoras deben demostrar el suministro de información claro y veraz al momento de la afiliación.

En ese orden ideas, concluyó que por pasiva no se demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que resulta procedente la devolución por parte de COLFONDOS S.A. a la administradora del régimen de prima media, los valores de acumulados en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones, incluyendo el costo de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas a la fecha de su pago. De otra parte, señaló que la acción de ineficacia del traslado de régimen era imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que siempre ha actuado de buena fe al no acceder al traslado de régimen teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, por lo que conforme a lo preceptuado en el artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral, es posible que el juez analice la postura de la entidad, ello en aras de no imponer condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por

las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar*

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora en enero de 2001 con COLFONDOS S.A., efectiva a partir del 1º de marzo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 90 y 92 archivo 02- carpeta 05), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una debida información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado

de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de la encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2001, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de COLFONDOS S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, que alude la demandada COLPENSIONES en su contestación, debe indicarse que al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas

reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, como lo indicó la falladora de instancia.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, respecto a la inconformidad que manifiesta la demandada COLPENSIONES en su alzada, respecto a la condena en costas impuesta en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa entidad desde el inicio se opuso a las pretensiones de la demanda, y además se le ordenó recibir los dineros producto del traslado, los que a su vez debe imputar a la historia laboral de la actora, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo*

que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES y a favor de la activa.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

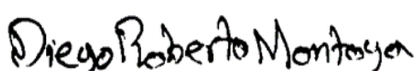
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 18 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de la demandada COLPENSIONES, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	11001 31 05 **038 2020 00 412 01**
Demandante:	MARCELINO PEÑA JAIMES
Demandado:	UGPP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia proferida el 7 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARCELINO PEÑA JAIMES promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP con la finalidad que se declare que estuvo vinculado mediante contratos de trabajo a término fijo e indefinido con la CAJA AGRARIA, por espacio superior a 15 años,

relación laboral que finalizó el 16 de noviembre de 1991 por mutuo acuerdo derivado de una conciliación. De la misma forma, solicita se declare que la pensión proporcional peticionada y la de vejez reconocida por COLPENSIONES son compartibles.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión legal proporcional con la indexación de la primera mesada a partir del 14 de junio de 2013, fecha en la que cumplió 60 años de edad, debiendo reconocer y pagar el mayor valor causado entre la pensión legal proporcional y la pensión de vejez, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, con los aumentos de ley, la indexación del mayor valor reconocido, las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, adujo el accionante que prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO mediante contrato individual de trabajo a término fijo, desde el 3 de febrero de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991, esto es, por espacio de 19 años y 283 días, desempeñando el cargo de Director Grado 09 en la oficina de Durania - Norte de Santander, devengado como último salario promedio mensual la suma de $272.635, monto que fue tenido en cuenta para liquidar las prestaciones sociales a la finalización del contrato, el cual terminó por mutuo acuerdo mediante acta de conciliación a partir del 16 de noviembre de 1991.

Refirió que nació el 14 de junio de 1953, por lo que cumplió la edad de 60 años el mismo día y mes del año 2013; que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de julio de 2013 en cuantía inicial de $682.219, suma inferior al valor de la pensión de jubilación deprecada, lo que en consecuencia

genera un mayor valor a su favor desde la referida calenda. Por último, expuso que elevó reclamación administrativa ante la encartada el 24 de mayo de 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, ya que el régimen que solicita el actor se le aplique, esto es, el contenido en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, debe ser reconocido por el empleador más no por una entidad de Seguridad Social; además, la Ley 100 de 1993 no contempla la pensión restringida, a lo que se suma que, a la vigencia de la nueva norma no se habían acreditado los requisitos previstos en la Ley 171 de 1961.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad de tener dos pensiones que cumplen el mismo fin jurídico, improcedencia de mesadas adicionales de conformidad con el acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de abril de 2022, declaró que el demandante tiene derecho a que la demandada le reconozca la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario a partir del 14 de julio de 2013 en cuantía inicial de $1’678.730, monto sobre el cual deberá realizar los reajustes legales anuales y pagar las mesadas ordinarias y adicionales.

Igualmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las de las mesadas causadas con anterioridad al 1º de mayo de 2016, las cuales deberán ser indexadas al momento de su pago. De la misma forma, autorizó el

descuento correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Finalmente, declaró que la pensión restringida de jubilación reconocida es compatible con la de vejez otorgada por COLPENSIONES.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que se acreditó en el trámite procesal que el promotor del litigio laboró para la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desde el 3 de febrero de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991, ostentando el cargo de Director Grado 9, devengando una asignación salarial promedio en el último año de servicios de $272.635, lo que se colige de la certificación laboral emitida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura, relación laboral que terminó a partir del 16 de noviembre de 1991 por mutuo consentimiento mediante acta de conciliación suscrita por las partes.

Respecto al derecho reclamado por el actor, consistente en la pensión de jubilación establecida en el artículo 8º de la ley 171 de 1961, adujo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que la norma en cita no ha sido derogada expresamente por la Ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que la edad es un requisito de exigibilidad del derecho más no de causación, por lo que si bien la Ley 100 de 1993 deroga las normas que contemplan la pensión de jubilación por retiro voluntario, dicho efecto solamente se materializa desde el 1º de abril de 1994.

Tomando en cuenta lo anterior y de acuerdo a la fecha de desvinculación del demandante, indicó que el artículo 8º de la ley 171 de 1961 se encontraba vigente para la época del retiro, por lo que encontró acreditados los requisitos como son el haber prestado servicios por más de 15 años y que el vínculo laboral haya fenecido por retiro voluntario, luego, en el caso del actor la prestación pensional se hizo exigible cuando cumplió la edad de 60 años, lo que acaeció el 14 de junio de 2013.

Respecto de la compartibilidad aludida por el demandante de la pensión de jubilación por retiro voluntario con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, adujo que de acuerdo a lo señalado en sentencia SL4578-2014, Radicado 43751 de 9 de abril de 2014 y la sentencia emitida por la Corte Constitucional T-301 de 25 de julio de 2018, era posible concluir que la pensión restringida de jubilación es compatible con la pensión de vejez, en tanto no fueron derogadas ni reemplazadas por la de vejez que asumió el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, dado que tienen finalidades distintas, pues la de jubilación por retiro voluntario tiene como fin garantizar la estabilidad en el trabajo, mientras que la de vejez está destinada a cubrir específicamente dicha contingencia, añadiendo que el Acuerdo 224 de 1966 no derogó la pensión de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Precisando además, que es distinto el evento de las pensiones extralegales, pues estas son compartibles con la pensión de vejez, de modo que, frente a la pensión sanción contemplada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y la reconocida por el ISS, según el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, las mismas son compatibles por tratarse de una desvinculación por mutuo acuerdo.

Mencionó que en el presente caso procedía la indexación de la primera mesada no obstante haberse causado con antelación a la Constitución de 1991, de acuerdo a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por tanto, al aplicar la fórmula establecida para tal fin, determinó que el último salario del demandante fue la suma de $272.635, el que al ser indexado asciende a $2’262.132. Luego, si por 20 años corresponde tomar el 75% del IBC, por haber laborado 19 años, 9 meses y 13 días, esto es, 7124 días, ello arroja una tasa de reemplazo del 74,21% del IBC, determinándose como

valor inicial de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario la suma de $1’678.730.

Respecto de la prescripción señaló que esta se interrumpió con la reclamación presentada el 24 de mayo de 2019 frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de mayo de 2016, específicamente las causadas entre el 14 de junio de 2013 y el 30 de abril de 2016, no siendo así las generadas a partir de mayo de 2016, pues se interrumpió la prescripción con la reclamación administrativa. Por último, ordenó la indexación de cada una de las mesadas generadas hasta que se realice su pago y autorizó el descuento de aportes en salud.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la UGPP presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, insistiendo que al momento de cumplir los requisitos para la pensión que contempla la Ley 171 de 1961, la disposición no estaba vigente, en tanto había sido derogada desde el 1º de abril de 1994 por la Ley 100 de 1993, fecha en la cual el demandante no había cumplido los 60 años de edad, requisito para acceder al derecho solicitado, el cual solo acreditó hasta el año 2013.

Igualmente, mencionó que según el Acto Legislativo 01 de 2005 el derecho a disfrutar de la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos, tesis reforzada por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL489-2021 y SL1223-2021, reiterando que el derecho fue causado en 2013.

De otra parte, indicó que en caso de no ser revocada en su integridad la sentencia impugnada, solicita se otorgue la compartibilidad a la pensión restringida de jubilación reconocida por el *a-quo* con la de vejez que le fuera

reconocida por COLPENSIONES, en tanto las prestaciones en modo alguno son compatibles.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión restringida de jubilación establecida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y si es compartible.

c. Del caso en concreto:

Descendiendo al *sub-examine* conviene precisar que no fue objeto de controversia que entre el actor y la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO S.A., existió un contrato de trabajo del 3 de febrero de 1972 al 15 de noviembre de 1991, desempeñando el cargo de Director Grado 09, en la oficina de Durania Norte de Santander, según consta en el certificado laboral expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 13 de septiembre de 2019 (Fls. 6 a 7 archivo 03 de la carpeta 01).

De la misma forma, se advierte que el aludido contrato de trabajo finalizó a partir del 16 de noviembre de 1991 por mutuo acuerdo, según acta de

conciliación celebrada entre el empleador y el actor ante el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona – Santander (Fls. 8 a 10 archivo 03 de la carpeta 01).

Además, el hecho que el actor cumplió 60 años de edad el 14 de junio de 2013, según se colige del Registro Civil de Nacimiento y de la copia del documento de identidad que yace en el plenario a folios 3 a 5 del archivo 03 de la carpeta 01.

Sentado lo anterior, imperioso resulta señalar que el derecho pensional solicitado alude al contenido en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, precepto legal que estableció tres situaciones distintas para las pensiones proporcionales de jubilación, 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".*

En el caso concreto, como ya se expuso se encuentra acreditado en el plenario que el demandante laboró mediante un contrato de trabajo para la extinta CAJA AGRARIA, del 3 de febrero de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991, y que su retiro se produjo por mutuo acuerdo, asimilable a un retiro voluntario, situación que se asimila a un retiro voluntario por parte del trabajador, conforme a lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4122-2019, Radicación No. 74598 del 30 de septiembre de 2019, al referir:

"Al respecto, esta sala ya ha efectuado un pronunciamiento que vale la pena memorar, tal y como fue expuesto en la sentencia CSJ SL3443-2019, en el que, al igual que en este caso, el vínculo cesó por virtud de una conciliación, e igualmente dio lugar a la pensión restringida de jubilación, según la siguiente cita textual:

"[…] esta Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL, 16 jul. 2001, rad. 15555, precisó que el mutuo acuerdo plasmado en una conciliación con la cual se da por terminado el contrato de trabajo, como en esta ocasión acontece, puede entenderse como un retiro voluntario, en cuanto hay un acto de voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico laboral, criterio que ha sido reiterado entre otras, en las sentencias CSJ SL, 6 sep. 2011, rad. 45545 y CSJ SL859-2013, 4 dic. 2013, rad. 43701, en las cuales la Corte dijo:

"De otro lado, esta Corporación ha adoctrinado, que para efectos del derecho a la pensión restringida por retiro voluntario consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, el <mutuo acuerdo> plasmado en una conciliación con el cual se da por terminado el contrato de trabajo, como en esta ocasión acontece, puede entenderse como un retiro voluntario, en cuanto hay un acto de voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico. Así en la sentencia de 16 de julio de 2001 radicación 15555, reiterada en casación del 12 de diciembre de 2007 radicado 29938, se explicó lo que a continuación se transcribe:

"[…] Con todo, los cargos tampoco estarían llamados a la prosperidad, por cuanto de tiempo atrás ha sostenido la Corte que partiendo del supuesto de ser el contrato de trabajo un acuerdo de voluntades, y de que el trabajador, como sujeto de derechos tiene capacidad para celebrarlo e igualmente para terminarlo, ni su celebración ni su terminación pueden ser entendidas como actos en los cuales él es mirado como un objeto que pasivamente se somete a las decisiones de aquél con quien contrata. La dignidad que como ser humano tiene el trabajador obliga a rechazar cualquier concepción doctrinaria que dé base para concluir que el trabajador no está en condiciones de deliberar en un momento dado si le conviene o no permanecer bajo un determinado vínculo contractual, y mucho menos que tenga la obligación de aceptar cualquier propuesta, por bien intencionada que ella sea, de su patrono, y que no le es lícito discutirla o proponer fórmulas de arreglo diferentes, bien sea para seguir trabajando o para dejar de hacerlo y terminar por mutuo consentimiento el contrato de trabajo.

"[…]

> *"Lo anterior para significar que en casos como el sub examine, cuando trabajador y empleador deciden a través de un acta de conciliación celebrada ante el funcionario competente, terminar la relación laboral por mutuo consentimiento, es acertado afirmar que en esta decisión, no obstante presentarse una oferta económica por parte del empleador, medió la voluntad del asalariado para finiquitar ese vínculo contractual, circunstancia que no desdibuja el retiro voluntario a que se refiere el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, al exigirlo para la configuración de la pensión de jubilación restringida después de quince años de servicio." (Resalta la sala).*

Por ende, es evidente que el demandante se encuentra en el tercer escenario anteriormente referido, que contempla el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pues se constató la terminación del vínculo contractual de índole laboral por retiro voluntario y además lo atinente a la prestación de servicios por más de 15 años, esto es, del 3 de febrero de 1972 al 15 de noviembre de 1991, lo que arroja un total de 19 años, 9 meses y 13 días, cumpliendo a cabalidad los requisitos que demanda la norma en cita; en consecuencia, se hace acreedor a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, en tanto los presupuestos de causación de la prestación pensional bajo estudio hacen referencia al tiempo de servicios y en este caso, al retiro voluntario.

De otra parte, y *a contrario sensu* a lo aducido por la encartada en su alzada, debe precisarse que el cumplimiento de la edad es una condición de exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL4762-2021, Radicación 83402 del 11 de octubre de 2021 y SL1099-2022, Radicación 80953 del 14 de marzo del 2022, en la que refirió:

> *"En cualquiera de los casos, el cumplimiento de la edad exigida, esto es, 60 años, es entendida como un elemento para su exigibilidad, es decir, para disfrutar el derecho, como se ha indicado en sentencias CSJ SL997-2015 y CSJ SL2652-2019.*

> *"En ese orden, tiene adoctrinado esta Corte que la prestación aquí analizada se causa al momento de acreditar los requisitos aludidos, lo que significa que se da cuando se consolida el retiro, si se ha completado el tiempo de labores requerido, pues el cumplimiento de la edad, como se dijo, es solo para gozar del beneficio".*

Resultando así indiferente si el cumplimiento de la edad se produce en vigencia de la Ley 100 de 1993 o del Acto Legislativo 01 de 2005, pues quienes se ubicaron en las hipótesis previstas por la Ley 171 de 1961, tenían un derecho adquirido que se preservó, de ahí, que los argumentos expuestos por la recurrente no son de recibo dado que se cumplieron los requisitos para acceder al derecho pensional reclamado, siendo la edad un elemento de exigibilidad para su disfrute y no para su causación.

Por todo lo anterior, se confirmará la decisión del fallador de instancia, por cuanto de acuerdo a los argumentos hasta aquí expuestos, es claro que le asiste derecho al promotor del litigio al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación a partir del 14 de junio de 2013, calenda última en que cumplió la edad de 60 años como da cuenta la copia del Registro Civil de Nacimiento y del documento de identidad que obra en el expediente.

d. Sobre la compatibilidad o compartibilidad pensional:

Ahora bien, al confirmarse el derecho pensional que le asiste al demandante, se deberá auscultar por parte de esta Colegiatura si la prestación aquí reconocida es compartible o compatible, como lo previó el juez de primera instancia, situación objeto de reproche por parte de la enjuiciada.

Sobre este aspecto, ha enfatizado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad solo surgió

a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que estatuyó la compartibilidad de estas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Aunado a lo precedente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló en sentencia SL889-2020, Radicación No. 63170 del 3 de marzo de 2020:

> *"2. De la compartibilidad y/o compatibilidad de la pensión sanción con la legal de vejez*
>
> *"Frente a este punto, la Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse a través de su reiterada jurisprudencia, advirtiendo que el carácter compartible o compatible de la pensión sanción se define dependiendo de la fecha en la que esta hubiera sido causada.*
>
> *"[…]*
>
> *"En el escenario en que se hubieran cumplido los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión sanción durante la vigencia del Acuerdo 224 de 1966, esta debía entenderse como compatible con la que en su momento concediera el empleador.*
>
> *"[…]*
>
> *"Ahora bien, en el caso en que la pensión sanción hubiera sido causada "después del 17 de octubre de 1985, es decir, bajo la vigencia del Acuerdo 029 de 1985, esta es compartida con la que en su momento adjudique el ISS, de acuerdo a los postulados de los artículos 6º de la norma ya acusada y 17 del Acuerdo 049 de 1990.*

De igual manera, en sentencia SL1099-2022, Radicación No. 80953 del 14 de marzo de 2022, resaltó:

> *"Con respecto al segundo cuestionamiento, pese a que ya fue abordado sumariamente en líneas arriba, se debe precisar que, conforme se estableció en el proveído CSJ SL1508-2018 cuyas reglas se aplicaron recientemente en los fallos CSJ SL4374-2020 y CSJ SL224-2021, la*

> *prerrogativa en comento, tendrá el carácter de compatible o compartible, dependiendo de la fecha en que se cause, pues si ello ocurre en vigencia de la Ley 90 de 1946 y del Acuerdo 224 de 1966, será lo primero y, por tanto, estará a cargo del empresario su pago total, mientras que si sucede mientras tuvo aliento jurídico el artículo 6.° del Acuerdo 029 de 1985 o del precepto 17 del Acuerdo 049 de 1990, tendrá la segunda naturaleza, por lo que aquél estaría obligado únicamente a cancelar el mayor valor a que hubiere entre una u otra prestación.*

Por lo anterior, tomando en cuenta que la fecha de causación del derecho del demandante fue el 15 de noviembre de 1991, calenda de su retiro voluntario, la pensión reconocida en primera instancia y aquí confirmada, deberá tener el carácter de compartible, ya que está cobijada por el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, lo cual debe acogerse sin que resulte relevante que el retiro haya sido voluntario y por despido, como lo estimó el *a-quo.*

En esa medida, se modificará la sentencia de primera instancia en tal sentido, por cuanto, había determinado que la pensión aquí reconocida era compatible con la pensión de vejez que le fuera reconocida al actor por parte de COLPENSIONES mediante Resolución GNR 435486 de 22 de diciembre de 2014, a partir del 1º de julio de 2013 en suma de $682.219, para en su lugar, se reitera, declarar que son compartibles.

e. Liquidación de la prestación económica:

Ahora bien, respecto a la tasa de reemplazo se aprecia que conforme a lo dispuesto por el artículo 8º de la ley 171 de 1961, la aplicable es 74,21% al haber acreditado 7124 días, como lo señaló el *a-quo*.

En este punto es necesario aclarar que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el salario base de liquidación, corresponden a los contenidos en el artículo 1º de la ley 62 de 1985, el cual modificó la ley 33

del mismo año, tal como lo determinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL019-2022 Radicado 81355 del 19 de enero de 2022 de la siguiente manera:

> *"Sobre dicho punto debe recordarse que, de conformidad con el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el 74 del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida a la demandante, se causó el 15 de noviembre de 1991, el salario de liquidación de esta, debe determinarse con relación al que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que, para ese momento, era la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1º, que el salario a tener en cuenta es el que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores de este los que se indican en el artículo 3º ibídem, modificado por el 1º de la Ley 62 de 1985, esto es: la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio"*.

Verificada la norma a aplicarse al presente caso, tan solo deben tomarse para efecto del cálculo de la primera mesada pensional, el valor correspondiente al sueldo básico, la prima de antigüedad y los gastos de representación.

Además se debe clarificar que, frente a la prima de antigüedad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que de ese concepto solo debía tenerse en cuenta una sesenteava parte, atendiendo su criterio plasmado en sentencia SL17066 de 2014, en la que precisó que tal valor no debía tomarse de manera total, sino que debía promediarse en la medida que corresponde a un quinquenio "*que se paga una vez al año y no es una suma fija mensual"*.

No obstante, en el presente caso, se probó que dicha prima se pagaba mensualmente, siendo su promedio durante los últimos 12 meses la suma de $42.559 conforme al reporte contenido en el Certificado de Factores Salariales

de Tiempos Laborados - CETIL expedido Ministerio de Hacienda (Fl. 27 a 36 del expediente administrativo). Cabe aclarar que no es posible aplicar para este concepto la suma de $45.172 que aparece en la certificación laboral CA 02072 expedida por La Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura (Fl. 6 – 7 del mismo documento antes reseñado), pues este valor varía según el documento citado expedido por el Ministerio de Hacienda.

En tal sentido, se tomará como factor salarial la suma de $188.275.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, para calcular la primera mesada pensional se tiene que el IBL indexado arroja una suma de $1’920.634 y a este valor aplicado la tasa de reemplazo de 74,21% genera como valor de la primera mesada la suma de $1.425.303 para la fecha en la que el demandante cumplió los 60 años de edad, esto es, el 14 de junio de 2013. Por lo tanto, al ser esta suma inferior a la que se dictó en primera instancia y en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta se modificará este aspecto, de ahí, que al ser compartida la presente pensión restringida de jubilación con la de pensión de vejez que le concedió COLPENSIONES al promotor, debe asumir la demandada UGPP el mayor valor que resulte entre esa prestación y la aquí concedida a partir de su reconocimiento.

Respecto de las mesadas adicionales se debe decir que tiene razón la parte demandante al solicitar que la pensión se reconozca sobre 14 mesadas anuales pues, como se dijo precedentemente, la edad en el caso de las pensiones restringidas es un requisito de exigibilidad, no de causación, por lo que la pensión en el presente caso se causó el 15 de noviembre de 1991, fecha en que culminó la relación laboral, tal y como lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4882-2021, radicado 75162 del 26 de octubre de 2021, en la que expuso:

> *"[…] resulta incontrovertible que la accionante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio, pues la pensión legal proporcional se causó el 15 de octubre de 1991, fecha en la que se produjo su retiro de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en tanto el cumplimento de la edad para acceder a la prestación pensional ordenada tan solo corresponde a un presupuesto de exigibilidad de la prestación, de manera que en el caso en concreto el derecho surgió, antes de que entrara en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005."*

Además, de la simple lectura del parágrafo transitorio 6 del A.L. 01 de 2005, se aprecia que se exige que la pensión se cause antes del 31 de julio de 2011, no que se haga exigible antes de dicha data, al indicar: "*Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año*".

Con respecto a la prescripción se mantendrá incólume lo dispuesto por el *a-quo* en su decisión, ya que según las pruebas obrantes se tiene que se radicó la reclamación administrativa ante la UGPP el día 24 de mayo de 2019 (Fl. 8 a 14 del expediente administrativo - carpeta 04) y la demanda fue presentada 3 de noviembre de 2020 (documento 05 de la carpeta 01); sin embargo, al darse la exigibilidad de la pensión el 14 de junio de 2013 quedaron permeadas del fenómeno prescriptivo las mesadas causadas con anterioridad al 24 de mayo de 2016 dado que las pensiones se pagan por mensualidades vencidas, como lo señaló el juez de primer grado.

Postura asumida por la Alta Corporación la que expuso en sentencia SL780-2022
Radicación No. 90113 de 2 de marzo de dos 2022 *"Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto por la sentencia CSJ SL1011-2021, que asentó, «Llegados a este punto del sendero, menester resulta oportuno aclarar que por regla general*

las pensiones se pagan por mensualidades vencidas, en virtud de lo estatuido en el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al presente asunto a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993», la mesada pensional del mes de diciembre no está afectada por la prescripción, es decir, se encuentran afectadas por tal fenómeno las mesadas pensionales causadas con anterioridad a diciembre de 2014, esto es, de noviembre de 2014 hacia atrás."

Finalmente, se acota que la indexación se torna procedente, como dijo el *a-quo,* en la medida que es claro que ante la existencia del fenómeno inflacionario el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir el demandante desde el momento de su causación, ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justica más recientemente en sentencia SL1446-2022, Radicación No. 87836 de 26 de abril de 2022, al referirse a la indexación de las mesadas pensionales memoró lo siguiente:

> "*En su lugar, dicho monto debe ser indexado a la fecha del pago, toda vez que, según se explicó en la providencia CSJ SL815-2021,*
>
> *[…] tal corrección monetaria pretende impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario, en procura de que la obligación se satisfaga de manera completa e integral (SL359-2021).*
>
> *(…)*
>
> *"en la sentencia CSJ SL5045-2018, la Corporación ha reiterado que:*
>
> *[…] existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en*

decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «[…] una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), (…); y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica."

Por último, y tal como lo adujo el juzgador de primer grado hay lugar a descontar del retroactivo pensional, los aportes a que haya lugar con destino al Sistema General de Seguridad Social en salud, de acuerdo a lo previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 7 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, que dispuso como valor inicial de la mesada pensional la suma de $1'678.730; para en su lugar, ordenar como valor de la primera mesada de la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante la suma de $1.425.303, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, que declaró que la pensión restringida de jubilación a que tiene derecho el

demandante por retiro voluntario, era compatible con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES; para en su lugar, declarar que la pensión aquí reconocida es COMPARTIBLE con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, en consecuencia, la demandada UGPP debe asumir el mayor valor que resulte entre esa prestación y la aquí concedida.

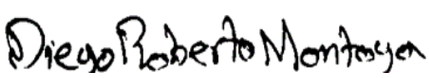
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia bajo estudio.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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