



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105-016-2015-00470-02
Demandante: EDGAR HUMBERTO FARIAS SUÁREZ
Demandados: JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE
INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y
CUNDINAMARCA, JUNTA NACIONAL DE
CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ,
SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.
y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y de Seguros de Vida Suramericana S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Edgar Humberto Farias Suárez, a través de apoderada judicial, presentó demanda ordinaria laboral, con la finalidad que le fueran concedidas las siguientes pretensiones: Se declare que las enfermedades que padece, se generaron como resultado de las funciones y labores desempeñadas en la empresa Ciplas SAS y que por lo tanto son de origen laboral. Como consecuencia de lo anterior, se declarara la nulidad de los

dictámenes No. 33957 del 4 de marzo de 2011, No. 79353790 del 25 de enero de 2012, No. 37433 del 4 de enero de 2012, No. 7935379 del 22 de enero de 2014, donde se determinó que sus enfermedades eran de origen común. Se condene al pago de pensión de invalidez, desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen laboral y de su pérdida de capacidad. Se condene al pago de intereses del art. 41 de la Ley 100 de 1993, así como lo ultra y extra petita.

De manera subsidiaria, solicitó que, en caso que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral sea menor al 50%, se condenara al pago de indemnización económica por concepto de incapacidad permanente parcial.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 3 de julio de 2003 se vinculó mediante contrato laboral a la empresa Ciplas SAS, para desempeñar el cargo de operario de extrusión realizando las funciones propias del cargo. Indicó que el 18 de abril de 2008 sufrió un accidente de trabajo cuando el rodillo de una maquina productor de zuncho le atrapó el brazo izquierdo. Como consecuencia de ello, se generó una incapacidad de más de 45 días.

Señaló que el 9 de abril de 2010, Compensar EPS emitió el dictamen de calificación 0464-10 mediante en el cual se determinó que el demandante padecía de bursitis del hombro de origen profesional, por lo que se remitió el caso a la ARL SURA para ser sujeto a estudio de calificación de origen.

Agregó que el 22 de diciembre de 2010, la comisión medico laboral de la ARL SURA comunicó a Compensar EPS que no aceptaba la profesionalidad de las patologías reportadas, por tal razón remitió el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, entidad que mediante dictamen 33957 del 4 de marzo de 2011 determinó que la patología de síndrome de «*manguito rotatorio*» y «*bursitis del hombro*» eran de origen común.

Afirmó que posteriormente, se emitieron otros tres dictámenes en los que se determinaron : i) Dictamen 37433 del 7 de octubre de 2011 por medio del cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y

Cundinamarca determinó que la patología síndrome de «*epicondilitis media*» y «*epicondilitis lateral*» son de origen profesional, dictamen que, como consecuencia del recurso de reposición y, en susidio, de apelación interpuesto por la ARL SURA, fue modificado para determinar finalmente que las patologías obedecían a un origen común; ii) Dictamen 79353790 del 25 de enero de 2012 por medio del cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que la patología síndrome de «*manguito rotatorio*» y «*bursitis del hombro*», son de origen común. y iii) Dictamen 7935790 del 22 de enero de 2014, por medio del cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez modificó el dictamen 57471 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, determinando que las patologías denominadas como «*otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral*» y «*lumbago no especificado*», son de origen común. (f.º 418 a 446).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones del actor, señalando que carecen de soporte médico, científico y jurídico; agregó que las Juntas de Calificación de Invalidez, no están obligadas a pagar prestaciones asistenciales o económicas derivadas de las contingencias presentadas por los trabajadores y sometidas a su decisión en calidad de peritos. Presentó las siguientes excepciones: «*Falta de título y de causa*», «*Inexistencia jurídica de las obligaciones demandadas*», «*falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*inexistencia de la obligación*», «*falta de causa para deprecar la revocatoria del dictamen emitido por la accionada*», «*cobro de lo no debido*», «*legalidad de la calificación emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez*», «*carencia de fundamento legal técnico médico-científico*», «*buena fe de la parte demandada Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca*» y la excepción «*genérica*». (f.ºs. 457-480)

Por su parte, la Junta Nacional de Calificación De Invalidez se opuso a la pretensión 4 y 6, toda vez que los dictámenes que se pretendían controvertir contaban con pleno soporte probatorio y guardan absoluta concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación. A su vez, presentó las excepciones de «*Legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de calificación: competencia como*

calificador de segunda instancia», «improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor», «Improcedencia de la favorabilidad respecto a la calificación medica ocupacional: inexistencia de conflicto normativo», «Improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de invalidez – competencia del Juez laboral», «buena fe de la demandada», y la «genérica». (f.ºs 481-506)

La Arl Sura S.A. hoy Seguros de Vida Suramericana S.A. igualmente se opuso a aquellas pretensiones del actor que estuvieran relacionadas con la sociedad. Fundamentó su oposición al señalar que los padecimientos del actor son de origen común, ya determinadas por las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez. En consecuencia, presentó las excepciones de mérito denominadas: *«Existencia de enfermedades de origen común dictaminadas por el órgano competente (Junta Regional y/o Junta Nacional de calificación de invalidez)», «Inexistencia de enfermedad profesional o accidente de trabajo», «Inexistencia de elementos legales y científicos que permitan atribuir las patologías actuales del demandante a su trabajo», «Improcedencia de exigencias asistenciales y económicas a ARL SURA», «Inexistencia de obligación por parte de ARL SURA», «Falta de legitimación por pasiva», «Prescripción», y «Buena fe» (f.ºs. 634-654 y 688-690).*

Por último, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, quien fue integrada al prosperar la excepción previa formulada por Seguros de Vida Suramericana S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, y señalando que se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Presentó las excepciones de: *«prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación cobro de lo no debido», «buena fe» y «la innominada o genérica» (f.ºs 743-749).*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que las enfermedades que padece el señor **EDGAR HUMBERTO FARIAS SUAREZ**, identificado con la C.C. No. 79.353.790 de Bogotá, esto es Síndrome de Manguito Rotatorio, Bursitis del Hombro, Epicondilitis Media, Epicondilitis Lateral y otras

degeneraciones especificadas de disco lumbar no especificado, y Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión, son de origen profesional, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 31.22%, y con fecha de estructuración el día 11 de febrero de 2019.

SEGUNDO: DEJAR SIN VALOR Y EFECTO los dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral números 33957 de 4 de marzo de 2011 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca; 79353790 de 25 de enero de 2012, de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; 37433 de fecha 4 de enero de 2012, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca; y el 79353790 de 22 de enero de 2014, que profirió por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

TERCERO: SE DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, propuesta por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y no probadas las excepciones propuestas por las demás demandadas.

CUARTO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., a pagar indemnización por incapacidad permanente parcial al señor **EDGAR HUMBERTO FARIAS SUAREZ**, en cuantía de Veintidós Millones Quinientos Ochenta y Seis Mil Cuatrocientos Cuarenta Pesos (\$22.586.440.00), suma que deberá ser indexada desde el 11 de febrero de 2019 y hasta el momento de su pago efectivo, conforme a los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, como se precisó en la parte motiva.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, y a las demás demandadas respecto de pretensiones que no fueron acogidas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, y en favor del demandante, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de **UN (1) SMLMV** como valor de las agencias en derecho a cargo de cada una de las mencionadas, y así mismo se **CONDENA EN COSTAS a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, y en favor de **COLPENSIONES**, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de **MEDIO (1/2) SMLMV** como valor de las agencias en derecho.

Consideró que, conforme las pruebas allegadas al expediente, el interrogatorio de parte, el testimonio practicado a Rubían Reyes Amado y el dictamen pericial aportado durante el trámite del proceso, había lugar a declararse que las patologías que padece el demandante Edgar Humberto Fariás Suárez efectivamente son de origen laboral, pues se determinó claramente la relación de causalidad entre las labores desarrolladas en los diversos cargos que ejerció para la sociedad Ciplas S.A., en los que se advirtió la presencia de los factores de riesgo en el sitio de labor, frente a los cuales estuvo expuesto el trabajador.

Hizo énfasis en el dictamen pericial No. 7935370-4217 del 5 de abril de 2019 emitido por la Sala de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a quién se designó para dicho fin por el *a quo*, entidad que determinó en sus conclusiones que el demandante padece de las siguientes patologías «*Síndrome de manguito rotador derecho, bursitis de hombro derecho, epicondilitis lateral derecha, otros trastornos de disco intervertebral y trastornos de ansiedad y depresión*» con una pérdida de capacidad laboral del 31,22% de origen laboral. Dictamen pericial que fue rendido dentro del proceso y que fue objetado por la demandada Seguros de Vida Suramericana S.A., para lo cual, una vez se desarrolló la contradicción del mismo en audiencia, se extrajo que el médico ponente del dictamen, luego de acreditar su título y de ser miembro de la Junta, indicó que el estudio realizado se basó en la historia clínica y laboral del demandante, así como de la evaluación del puesto de trabajo y cargos en los que el paciente fue reubicado, sin embargo, aunque no se contó con la ampliación de estudio del puesto de trabajo, se tuvo en cuenta principalmente para la calificación, los factores de riesgo ocupacional de las patologías enunciadas, en especial las padecidas en los miembros superiores, tales como los movimientos repetitivos a los que sí se encontró expuesto el trabajador, levantamiento de cargas y pesos, posturas sostenidas y mantenidas, así como posturas forzadas de columna, entre otros, sobre los cuales tuvo exposición entre 6 y 8 años. Agregó el fallador de primera instancia que, los asuntos debatidos datan de los años 2010 a 2013, años respecto de los cuales si se contaba con los análisis de puesto de trabajo sobre los cuales se basó el perito, de manera que al no encontrarse encontró falencia alguna en el dictamen pericial, este debía valorarse en su plenitud.

Señaló que, por las razones técnicas que el mismo perito mencionó y teniendo en cuenta que se llevó el estudio cabal de la situación actual del demandante, que claramente se remontó al pasado, a las fechas en que estas valoraciones fueron realizadas por las juntas demandadas, más aun si se tiene en cuenta que el presente proceso fue radicado en el año 2015 y que se están debatiendo hechos o situaciones relacionadas con las patologías acaecidas antes de esa fecha, fueron razones suficientes para declarar que las patologías padecidas por el señor Edgar Humberto Farías Suárez efectivamente son de origen laboral.

De igual manera, y teniendo en cuenta que las patologías obedecen a unas dolencias padecidas por el demandante, incluso antes de la presentación de la demanda, concluyó que la demandada Seguros de Vida Suramericana S.A. era la llamada a asumir el pago de la prestación de indemnización por incapacidad permanente parcial, toda vez que la responsabilidad de las ARL, pese a que no se encuentra afiliado actualmente el actor, pues reiteró, son patologías que se generaron y calificaron mientras el actor se encontraba afiliado en dicha compañía, y como quiera que, conforme el artículo 5° de la Ley 776 de 2002 establece que cuando el afiliado, como consecuencia de accidente o enfermedad de origen laboral, presenta disminución definitiva igual o superior al 5% pero inferior al 50% de su capacidad laboral, le correspondía a la ARL demandada reconocer la indemnización proporcional al daño sufrido en una suma no inferior a 2 salarios base de liquidación ni superior a 24 veces su salario, tal como lo establece el artículo 7° de la citada ley.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial Seguros de Vida Suramericana S.A. presentó recurso de apelación en contra del fallo de primer grado, frente a todas y cada una de las condenas impuestas dentro del resuelve y, para ello, fundamentó el recurso en los siguientes puntos:

Manifestó que en la sentencia apelada se hizo un análisis valorativo y de contrapeso de las contradicciones que supuestamente se presentaban sobre los dictámenes en firme demandados con el dictamen proferido en abril de 2019 por la Sala Cuarta de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dando el despacho credibilidad y certeza a este último dictamen, lo cual, considera la recurrente, no se ajusta a la normativa, a la sana crítica ni a un criterio de razonabilidad que debió haberse realizado al momento de valorar la totalidad de los dictámenes. Lo anterior, por cuanto el dictamen pericial practicado dentro del proceso adolece de graves errores de inconsistencia que no dan lugar a que se desvirtúen las calificaciones de origen que ya se habían dado al grupo de patologías padecidas por el demandante. Ello porque el dictamen, como bien se señaló en sus consideraciones del fallo, se debe basar en la historia completa del afiliado o de la persona que está siendo calificada, y de la lectura del aportado al

proceso, se observa que la sala cuarta de la JNCI señaló que se basó en la historia clínica del demandante obrante en el expediente y aportada por el paciente, consistente en 25 folios; controversia que se genera en tanto la historia clínica aportada al plenario por el mismo demandante contiene más de 100 folios; además que de la lectura del dictamen, ellos solo tuvieron en cuenta para las pruebas específicas y los conceptos médicos escasamente 10 folios, con el agravante que casi todos son de la parte psiquiátrica, la cual no había sido valorado en los años 2011, 2012 ni 2014, cuando se dio el grupo de enfermedades calificadas. Entonces, afirma la apoderada, el dictamen tenido en cuenta por el juez adolece de una aberrante falta de integralidad y completitud.

Adicionalmente, señaló que el perito interdisciplinario no tuvo acceso al estudio de puesto de trabajo, aspecto respecto del cual el perito dentro de sus declaraciones indicó que lo que se necesitaba era una ampliación, situación que no se señaló en el dictamen rendido, pues en el mismo claramente se precisó que ni el empleador ni la arl demandada aportaron los documentos, pese que los mismos estaban dentro del expediente, de modo que, queda entredicho la información que se llevó a la Junta Nacional de Calificación, entidad que no tuvo en cuenta ni los análisis de los puestos de trabajo ni toda la historia clínica del demandante.

Consideró que, contrario a lo manifestado en la sentencia de primer grado, la calificación no es integral a la luz de las sentencias de la Corte Constitucional, pues esta es aplicable cuando se da la integralidad de valoraciones de patologías tanto de origen común como profesional, y que, para el caso concreto, no se procedieron a calificar de manera integral esas condiciones, sino que se debía hacer una calificación acorde con los padecimientos, historia clínica y análisis de puestos de trabajo, los cuales ninguno se dio.

Ahora, en cuanto al porcentaje de pérdida de calificación laboral, advirtió que la calificación más alta es en la parte psiquiátrica, argumentando que esta es objeto consecuente a la enfermedad laboral, sin que ello esté aportado, pues lo que dice la historia clínica es que las valoraciones que cita la Sala de la Junta es que duerme mal, tiene un estrés laboral porque no lo realiza ninguna actividad, es decir, que el demandante

sigue laborando y percibiendo un salario sin que le exijan actividades que él no pueda realizar de acuerdo a su condición física, entonces se advierte una contradicción en la exposición al tiempo de riesgo, máxime si se tiene en cuenta que el señor Farías Suárez estuvo afiliado en Sura hasta el año 2013, por lo que la suma a la que se está condenando a la aseguradora apelante no corresponde al valor real de la indemnización, en tanto esta compañía debe cubrir únicamente por el valor proporcional conforme a las cotizaciones que hizo el demandante, a través de su empleador y, en consecuencia, quien debe asumir el pago es la arl a la cual se encuentra actualmente afiliado el trabajador.

Por último, solicitó se revoque la condena en costas, señalando que su representada dio cabal cumplimiento a lo señalado por las juntas, y de acuerdo a ello cumplió esos dictámenes conforme con las normas aplicables, por lo que resulta extraño que se condene por dar cumplimiento a la ley.

De igual manera, el apoderado de la Junta Regional de Calificación de Invalidez interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el que manifestó que, si bien es cierto su representada participó en el trámite de calificación de las patologías padecidas por el demandante, también lo es que los dictámenes proferidos por esta junta nunca quedaron en firme ni ejecutoriados, en tanto se presentaron recursos de apelación en contra de estos y, por esta razón, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez entró a analizar el caso y decidir de fondo a través unos dictámenes que fueron los que quedaron en firme. Por lo tanto, aduce el apelante, no es lógico declarar nulidad o sin efecto y valor un dictamen de la Junta Regional que no cobró vida jurídica. Agregó que debió declararse probada la excepción de falta de legitimación por pasiva, por las razones ya señaladas, por lo que no debió condenarse en costas.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Seguros de Vida Suramericana S.A. presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la

contestación de la demandante y en el recurso de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Por su parte, la parte actora y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpeniones, solicitaron confirmar la sentencia apelada.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación establecer si hay lugar a declarar de origen laboral las patologías de «*Síndrome de Manguito Rotatorio*», «*Bursitis del Hombro*», «*Epicondilitis Media*», «*Epicondilitis Lateral*», «*otras degeneraciones especificadas de disco lumbar no especificado*», y «*Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión*»; y por ende, dejar sin valor y efecto los dictámenes de pérdida de capacidad laboral No.33957 de 4 de marzo de 2011 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca; No. 79353790 de 25 de enero de 2012 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; No. 37433 de fecha 4 de enero de 2012 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca; y No. 79353790 de 22 de enero de 2014 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que las determinó como de origen común, y como consecuencia, si procede el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial en los términos señalado por el *a quo*.

VI. CONSIDERACIONES

Como quiera que el litigio se centra en desvirtuar los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, y por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, considera menester esta Sala determinar el alcance y valor que tienen dichos dictámenes a efectos de ser tenidos en cuenta por el Juez como prueba idónea de la PCL, fecha de estructuración y origen de una enfermedad.

Atendiendo el tema, si bien es cierto los arts. 41 y SS de la Ley 100 de 1993, el inciso segundo del art. 52 de la Ley 962 de 2005 y el art. 6° del Decreto 917 de 1999, concuerdan en determinar que son las Juntas de Calificación de Invalidez, Regional o Nacional, a quienes les compete establecer la calificación de la pérdida de la capacidad laboral -PCL- y que son sus dictámenes el medio de convicción idóneo para establecer dentro de

un proceso judicial tanto el estado como el origen de la invalidez y la fecha de estructuración, siguiendo los lineamientos de orden técnico y científico del Manual Único para la Calificación de Invalidez, no es menos cierto que los mismos pueden llegar a ser controvertidos, rechazados o invalidados, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Ley, tal y como lo preceptúa el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, que dispone:

Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente.

Aunado lo anterior, los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación, también se han considerado como una prueba idónea para acreditar en un escenario judicial el estado de invalidez y la fecha de su iniciación, a voces de lo dispuesto por el art. 3 del Decreto 2463 de 2001¹, y que fue reiterado en el artículo 28 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013².

Ahora bien, también se ha dejado claro en la doctrina y jurisprudencia laboral, que dichos dictámenes, ya sean los rendidos en sede administrativa o como auxiliares de la justicia, no constituyen prueba solemne habida consideración que, tanto la pérdida de la capacidad laboral como su origen, pueden ser acreditados a través de otros medios de convicción.

No se puede llegar a desconocer que en determinadas oportunidades y dada la conformación de dichas juntas, el juzgador puede valerse de la ayuda de informes técnicos y peritaciones, emitidos por un tercero que se encuentre debidamente capacitado y posea los conocimientos científicos y técnicos que usualmente el mismo juez puede desconocer, para poder entrar, en justicia y en derecho, a esclarecer un punto o un hecho de los

¹ **Artículo 3º-Calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral.** Corresponderá a las siguientes entidades calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad:

1. Las juntas regionales de calificación de invalidez decidirán sobre las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral requeridos por las autoridades judiciales o administrativas, evento en el cual, su actuación será como peritos asignados en el proceso. Las juntas de calificación de invalidez también actuarán como peritos en los casos de solicitudes dirigidas por compañías de seguros cuando se requiera calificar la pérdida de capacidad laboral.

² Artículo 28. Presentación de la solicitud. La solicitud ante la junta podrá ser presentada por:
(...)

9. Las autoridades judiciales o administrativas, cuando éstas designen a las juntas regionales como peritos.

dictámenes que éstas han emitido y con el que alguna de las partes se encuentra en desacuerdo, o tener en cuenta otros medios de prueba.

Sin embargo, precisamente el hecho que tales elementos puedan ser acreditados a través de otros medios probatorios, amerita que quien pretenda desvirtuar lo dictaminado por los órganos competentes de calificación, tenga una carga judicial probatoria tendiente a derruir dichos dictámenes, en la medida, que como lo ha concluido el Alto Tribunal de esta especialidad³: *«este medio de prueba involucra en su contenido no sólo el resultado de los análisis de los expertos, sino además, por estos estudios y todos los medios de convicción que se hubiera valido su autor para llegar a la conclusión»*.

De igual forma, no sólo está abierta dicha posibilidad, sino que ha sido la misma jurisprudencia laboral la que ha predicado que el dictamen emitido por las juntas de calificación no obligan al Juez, pues considerar lo contrario, despojaría de la razón de ser a la intervención judicial, pues la potestad de decidir el derecho, ciertamente recae en el juzgador, y es a este último a quien corresponde en ultimas la calificación jurídica del origen de una enfermedad o un accidente, ahora bien, tal criterio jurisprudencial, también se ha sentado sobre la base de la existencia de otros medios probatorios en los cuales pueda el Juez respaldar técnica y científicamente su decisión, como en efecto la mencionada Corporación ha razonado en Sentencia SL16374-2015, en el cual se hace remembranza de la sentencia de rad. 29622 de 2006, en la que se dijo:

[...] para tal propósito, nada le impide acudir al poyo de un ente especializado en la materia que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del Estado en virtud del moderno esquema de administración descentralizada por colaboración [...]"

[...]

Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las Juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al Juez de dictaminar en forma definitiva, **sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de invalidez, ni la distribución porcentual de la discapacidades y minusvalías**». (Negrilla fuera del texto)

Amén de seguir los lineamientos trazados, la Alta Corporación concluyó:

³ CSJ SL9184-2016

Luego, si bien es cierto que para la Corte la valoración científica de las Juntas de Calificación de Invalidez, a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, es en principio la fórmula probatoria propia al establecimiento de dicha condición, también lo es que ha considerado que bajo ciertas circunstancias dicha valoración es susceptible de ser desvirtuada para efectos de la pensión de invalidez a través de la multiplicidad de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico procesal y al tenor de las normas probatorias que rigen la actividad del juez del trabajo[...].

Con todo, ha de recordarse que a la luz de lo dispuesto por el art. 61 del CPT y de la SS, los Jueces de instancia tienen la potestad para valorar libremente los medios de convicción, así como asignarle un mayor mérito probatorio o persuasivo a unos frente a otros, y así formar libre y autónomamente su convencimiento frente a los hechos materia de controversia, siendo el único límite que tal apreciación probatoria no se distancie de la lógica razonable o sea abiertamente caprichosa y contrario a lo que revelan los medios probatorios, es decir contraevidente, pues basta con que al ponderarse y sopesarse los diferentes elementos de juicio, se aplique la lógica y las reglas de la experiencia.

Este axioma del régimen probatorio, que propugna por la libre formación del convencimiento del juzgador, se acentúa con mayor fuerza, en casos como los que concita la atención de esta Corporación, en donde existen medios de convicción diferentes que apuntan a tesis contrapuestas, como lo es la existencia, por un lado de cuatro dictámenes periciales que definen que las patologías padecidas por el demandante son de origen común, y otro por otra parte, un dictamen decretado y practicado en el trámite del proceso de la referencia el cual determinó que las patologías son de origen laboral, por lo que es claro que corresponde al Juzgador definir a cual le imprime mayor fuerza persuasiva, evento en el que su decisión estará debidamente informada y respaldada probatoriamente, salvo que, como lo ha manifestado el órgano de cierre laboral en sus pronunciamientos «estuviera provista de errores graves y manifiestos» (SL13529-2016).

No obstante, dado que la determinación del grado de invalidez o su origen son temas de gran complejidad y especialización, lo mismo implica que se dictamine por un personal especializado para que de esta manera el juzgador pueda obtener un mayor grado de persuasión sobre las decisiones proferidas por las juntas de calificación de invalidez y defina el litigio sin ninguna clase de duda, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo

61 del CPT y de la SS el juez del trabajo no está sujeto a tarifa legal alguna, y ésta no es una prueba *ad substantiam actus*.

Así las cosas, encuentra la Sala de Decisión que , en efecto, al señor Edgar Humberto Farías Suárez le fueron calificadas las siguientes patologías a través de diversos dictámenes como pasa a verse:

i. «*Síndrome de manguito rotatorio*» y «*Bursitis del hombro*» dictamen No. 33957 del 4 de marzo de 2011 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de origen común. (f.ºs 106 y 107)

ii. «*Epicondilitis media*» y «*Epicondilitis lateral*» dictamen No. 37433 de 7 de octubre de 2011 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca calificadas de origen profesional (f.ºs 121 a 123), respecto del cual, al estudiar el recurso de reposición presentado por la ARL SURA, revolió reponer el referido dictamen, para en su lugar, establecer que las patologías padecidas por el demandante corresponden a unas de origen común. (f.ºs 152 a 156)

iii. «*Síndrome de manguito rotatorio*» y «*bursitis del hombro*» dictamen No. 79353790 del 25 de enero de 2012 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de origen común. (f.ºs 134 a 146)

iv. «*otras degeneraciones especificadas de disco invertebral*» y «*lumbago no especificado*» dictamen No. 7935379 del 22 de enero de 2014 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de origen común. (f.ºs 325 a 331)

Ahora bien, en el trámite del presente proceso se le practicó a la parte actora un dictamen pericial por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (f.ºs 805 a 811), esta prueba determinó que las patologías de «*Síndrome de manguito rotador derecho*», «*bursitis de hombro derecho*», «*epicondilitis lateral derecha*», «*otros trastornos especificados de disco invertebral*» y «*trastorno mixto de ansiedad y depresión*» que padece el demandante arrojaban una pérdida de capacidad laboral de 31.22% y que las mismas son enfermedades de origen laboral, con fecha de estructuración del 11 de febrero de 2019. Sobre el particular, tal y como ya se explicó con suficiencia en apartes anteriores, debe recordársele a la apelante Seguros de Vida Suramericana S.A. que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez aquí practicado es pertinente y conducente a fin de establecer el origen y porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, por cuanto de manera razonada se explicó y expuso las razones por las cuales en este caso, las referidas patologías y/o diagnósticos padecidos por el señor

Farías Suárez son de origen laboral, toda vez que, según la referida junta en este último dictamen se determinó:

[...] se califica con la información aportada por el paciente, encontrando que se trata de un paciente de 52 años de edad, con histórico laboral de 32 años, los últimos 15 años y 4 meses, en los cargos de: 2 meses en oficios varios, 6 años como operario de extracción, 2 años como operario de rewiner y dos años en el cargo de ascensorista y los últimos 5 años en tareas de empaque, de la empresa CIPLAS, con diagnósticos de síndrome de manguito rotador derecho, bursitis de hombro derecho, epicondilitis lateral derecha, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, con inicio de sintomatología en 2011, cuando se desempeñaba en el cargo de operario de rewiner, por lo que se revisan las tareas de este cargo y las anteriores a este en el cargo de operario de extracción [...] tareas en las que de acuerdo a la descripción se registran riesgos biomecánicos por posturas de codos, hombros y columna lumbar por fuera de los ángulos de confort, asociados a movimientos repetitivos y manipulación de pesos por encima de los límites permitidos, encontrando por lo tanto asociación entre la exposición a los riesgos de carga física y el síndrome de manguito rotador derecho, bursitis de hombro derecho, epicondilitis lateral derecha, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, que el paciente presenta.

En conclusión, teniendo en cuenta que el Análisis de Puesto de Trabajo, evidencia la existencia de factores de riesgo ocupacional, suficientes y necesarios para la generación de sus patologías el síndrome de manguito rotador derecho, bursitis de hombro derecho, epicondilitis lateral derecha, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, el histórico de la exposición laboral del trabajador por más de 8 años, aunado al hecho que en la historia clínica no se encuentran diagnosticadas enfermedades; sistémicas, genéticas, autoinmunes o degenerativas, que pudieren ser la causa de su enfermedad, se califica su origen como enfermedad laboral. Respecto al trastorno mixto de ansiedad, se califica también como enfermedad laboral, en razón a que es secundario a sus condiciones de discapacidad y dolor, por las patologías de codos, hombros y columna lumbar de origen laboral.

Respecto a la calificación de pérdida de capacidad laboral: La sala 4 revisa historia clínica obrante en el expediente y aportada por el paciente consistente en 25 folios, la cual se tiene en cuenta dentro de la presente calificación.

De dicha argumentación expuesta por la referida Junta como órgano especializado, se observa que, sí se tuvo en cuenta, en lo pertinente, copia de la historia clínica del demandante y el análisis de puesto de trabajo respecto del cual hizo una descripción detallada, toda vez que tanto del dictamen aportado como de la declaración rendida por el perito se advierte que se analizaron las cargas, labores y movimientos que realizaba el demandante en los cargos que ejerció en Ciplas, especialmente con los que ejerció como operario de extracción y rewiner, teniendo en cuenta para ello el tiempo de exposición. De igual forma, se tuvieron en cuenta los conceptos médicos, pruebas específicas y valoraciones del calificador o equipo interdisciplinario, a efectos de realizar el respectivo análisis de las patologías del actor y arribar a tal conclusión, esto es, que las patologías que padece el

señor Edgar Humberto Farías Suárez son de origen laboral, con una pérdida de capacidad laboral de 31,22%.

De esta manera sobre el punto en discusión, se concluye que no es viable acceder a la petición de la recurrente de no tener en cuenta el mencionado dictamen proferido, toda vez que quien lo rindió fue la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, cuerpo especializado en establecer el origen, porcentaje y fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de este tipo de patologías, que de manera razonada explican y exponen las razones por las cuales en este caso concluyen que las patologías que padece el demandante son de origen laboral, por lo cual, estima este Colegiado que se debe otorgar un mayor mérito probatorio a este dictamen, que se insiste, si tuvo en cuenta el puesto de trabajo, las actividades realizadas y tiempo de exposición al riesgo del demandante, junto a la historia clínica, sin que se cuente con otros medios de convicción con respaldo cierto y serio en los cuales esta Sala pueda derivar técnica y probatoriamente una conclusión diferente.

Ahora bien, aunque no puede pasarse por alto que el diagnóstico «*trastorno mixto de ansiedad y depresión*» no estaba presente en los dictámenes frente a los cuales el demandante solicitó su nulidad, lo cierto es que, de la lectura del dictamen No. 79353790-4217 y lo señalado por el perito en la declaración practicada, dicha patología es una consecuencia de los diagnósticos de las enfermedades laborales a las que ya se hizo referencia, es decir, no fue catalogada como una enfermedad independiente u autónoma, sino que la misma va intrínsecamente relacionada con esos factores ocupacionales.

Así las cosas, considera la Sala que no se equivocó el *a quo* en acoger el dictamen pericial practicado durante el trámite del presente proceso, prueba a la que se acogió al poder bridle su práctica un mayor grado de convicción, lo que de ninguna manera va en contravía de las atribuciones, facultadas o competencias con las que cuenta, pues además tal posibilidad se lo confiere el artículo 61 del CPTSS según el cual establece que « *El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la*

crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.»

En este orden de ideas, la sentencia de primera instancia amerita su confirmación en este puntual aspecto, pues es claro que sí se debía declarar que las enfermedades de «*Síndrome de manguito rotador derecho*», «*bursitis de hombro derecho*», «*epicondilitis lateral derecha*», «*otros trastornos especificados de disco intervertebral*» y «*trastorno mixto de ansiedad y depresión*» que padece el señor Edgar Humberto Farías Suárez son de origen laboral, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 31.22%, y con fecha de estructuración el día 11 de febrero de 2019 y , en consecuencia, debía dejarse sin valor y efecto los dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral números No. 33957 de 4 de marzo de 2011 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca; No. 79353790 de 25 de enero de 2012, de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; No. 37433 de fecha 4 de enero de 2012 ,emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca; y el No. 79353790 de 22 de enero de 2014, que profirió por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

En cuanto al segundo reparo señalado en el recurso de apelación por la apoderada de Seguros de Vida Suramericana S.A., referente a que esa compañía debe cubrir únicamente el valor proporcional de la indemnización, conforme a las cotizaciones que hizo el demandante, debe precisarse que conforme lo estipulado en el artículo 1° de la Ley 776 de 2002, en caso de presentarse una enfermedad calificada como de origen laboral, la ARL que asume las prestaciones que se deben reconocer, en este caso la demandada, está facultada para repetir por el valor pagado a las diferentes aseguradoras de riesgos laborales a las que haya estado afiliado el trabajador, en la misma proporción al tiempo de exposición del riesgo. Lo que implica que, en primer lugar, debe verificarse la existencia de una enfermedad que haya sido calificada de origen laboral, así como la fecha de estructuración de la misma, siendo estos los puntos de referencia para establecer la proporción que corresponde asumir a cada uno de las ARL; razones suficientes para confirmar este punto apelado, pues se reitera, la ley otorga los medios y escenarios jurídicos pertinentes para que, las aseguradoras repitan en

contra de otras, por los valores adicionales que consideren haber asumido a favor del afiliado.

Ahora bien, respecto a la apelación interpuesta por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, considera la Sala que, como lo concluyó el juez de primer grado, al advertirse que las patologías padecidas por el demandante son de origen laboral, la consecuencia jurídica era dejar sin valor y efecto aquellos dictámenes que habían establecido que las mismas afectaciones del actor eran de origen común, incluyendo los de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, toda vez que si se acoge el postulado propuesto por el actor, ello implicaría que los dictámenes proferidos por la Junta apelante cobraran firmeza, yendo en contravía con lo resuelto en el presente proceso ordinario laboral.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso las elevadas contra Seguros de Vida Suramericana S.A. y la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en favor del demandante y Colpensiones, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme el artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas Seguros de Vida Suramericana S.A. y La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, por lo que, de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirmará la decisión en este aparte de la sentencia.

En este contexto decisional, y al quedar resueltos todos y cada uno de los puntos materia de inconformidad planteado por los apelantes, la Sala CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Costas en esta instancia a cargo de las demandadas apelantes Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y de Seguros de Vida Suramericana S.A.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y de Seguros de Vida Suramericana S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

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 \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tener de los consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario: 110013105-023-2020-00349-01

Demandante: LUZ MARINA JARAMILLO ROCHA

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
-COLPENSIONES.**

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra de la sentencia proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

Luz Marina Jaramillo Rocha llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que se declarara que, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, con ocasión al deceso de su cónyuge Jorge Enrique Chitiva Velázquez, a partir del 19 de diciembre de 2019, se indexen las sumas reconocidas; se condene al pago de los intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, relató que mediante Resolución N°30722 del 21 de diciembre de 2001, el Instituto de Seguros Sociales hoy

Colpensiones, reconoció pensión de vejez a Jorge Enrique Chitiva Velázquez desde el 21 de julio de 2001, quien falleció el 19 de diciembre de 2019.

Señaló que, contrajo nupcias con Chitiva Velásquez el 13 de marzo de 1976, que cumple con los requisitos para acceder a la sustitución pensional de acuerdo a lo contemplado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; razón por la cual realizó la solicitud a Colpensiones, pero la entidad demandada mediante resolución SUB 41324 respondió desfavorablemente la solicitud del reconocimiento de la sustitución pretendida, aduciendo que realizó una investigación administrativa interna tendiente a validar la convivencia y no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada. Posterior a ello, interpuso recurso de reposición contra la resolución antes mencionada pero la entidad no repuso la mencionada resolución.

Agregó que Colpensiones desconoció la realidad de salud del fallecido la cual fue informada por la accionante por lo que excluyó totalmente la información suministrada, y omitió valorar imparcialmente las pruebas aportadas las cuales fueron anexadas a la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente, y con el recurso de reposición por lo que en la resolución SUB 41324 Colpensiones afirmó que se desconocen las pruebas aportadas efectuando valoración selectiva y fuera de contexto de las pruebas; mencionó que en este recurso se aportó la historia clínica y explicó las razones por las cuales falleció Chitiva Velásquez y no fueron tenidas en cuenta.

Indicó que, fue desvinculada de la afiliación a Nueva EPS en la que se encontraba afiliada en calidad de beneficiaria, de Jorge Chitiva Velásquez a desde el día 1° de agosto de 2008, hecho que constituye en una violación al derecho fundamental. (Expediente Digital: DEMANDA_18_9_2020 16_35_37.pdf, fls. 1 a 14)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** contestó la demanda aceptando los relacionados con el reconocimiento a la pensión de vejez y la solicitud del reconocimiento de la sustitución; respecto

a los demás adujo no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones se opuso a todas.

En su defensa explicó que no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por la accionante, no se estableció que convivieran desde el 13 de marzo de 1976 hasta el 19 de diciembre de 2019, esto es, por un periodo de 43 años, fecha en que muere el causante. En cuanto a la solicitud de condena por intereses moratorios, en atención al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no se aportaron pruebas suficientes que acrediten su derecho pensional.

Propuso como excepciones de mérito las de «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «imposibilidad de condena en costas», «genérica», «inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación» y «compensación». (Exp. Digital 11001310502320200034900 - LUZ MARINA JARAMILLO ROCHA Págs. 1 a 24.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 10 de junio del 2021, resolvió:

PRIMERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a favor de Luz Marina Jaramillo Rocha la pensión que disfrutaba Jorge Enrique Chitiva Velázquez en forma vitalicia, a partir del 19 de diciembre de 2019, en cuantía inicial equivalente a \$1.364.227, la cual deberá reajustarse anualmente a lo estipulado en el art. 14 de la ley 100 de 1993, además, se deberá pagar las 14 mesadas pensionales que venía devengando su cónyuge.

PARAGRAFO: Autorizar a Colpensiones, hacer los correspondientes descuentos en salud, respecto del retroactivo pensional que se pudiera llegar a generar.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

TERCERO: Sin condena en costas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que respecto a la reclamación administrativa conforme a la resolución SUB-41324 del año 2020 expedida

por la demandada en la cual se niega el reconocimiento de la sustitución pensional solicitada es claro que se cumple con el requisito del artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. En lo atinente, a la pensión de sobrevivientes la parte demandante en su condición de cónyuge afirma tener derecho a la sustitución de la pensión que venía disfrutando el señor Jorge Enrique Chitiva Velázquez, quien falleció el 19 de diciembre del 2019, fecha del deceso que se puede establecer con la copia del registro civil de defunción anexo al expediente.

Señaló que, teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del causante el régimen aplicable es el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. En cuanto a la calidad de pensionado del señor Jorge Enrique Chitiva Velázquez se acredita claramente con la resolución SUB-41324 del año 2020, anexo al expediente mediante la cual la demandada niega la sustitución pensional de la demandante, pero indica claramente que Chitiva Velásquez se le había reconocido prestación económica de vejez de conformidad con la Resolución 30722 del año 2021 en cuantía de \$1.364.227, en cuanto a la calidad de cónyuge que dice tener y ostentar la parte actora, el A quo precisó que tal condición se puede establecer con la copia del registro civil de matrimonio igualmente la partida eclesiástica de dicho matrimonio en donde se acredita que contrajeron matrimonio el 13 de marzo de 1976.

Manifestó, el juez de primera instancia, que en el interrogatorio de parte, la demandante; afirmó que se casó con el pensionado fallecido, el 13 de marzo de 1976 y compartieron hasta la muerte, que tuvieron una hija que nació en 1977; vivieron inicialmente en el barrio Lucero más o menos hace 5 años, cuando vendieron la casa ahí pasaron a El Tintal, un apartamento que compraron, y luego lo arrendaron por cuestiones económicas, vivieron también en la casa de la hija, en la casa de la mamá, en Girardot por la enfermedad de artritis; que su cónyuge Jorge Chitiva falleció en Acacias-Meta, pero ella no estuvo en Acacias-Meta al momento del deceso, que el causante, se fue a Acacias donde una sobrina en marzo del 2019, por su salud pues el clima caliente le era beneficioso y la situación era que ella se iría aproximadamente pasado un mes. Él fue enterrado en Bogotá, que el pago de las exequias lo hizo la hija y que hablaban seguido.

El testimonio de Juan de Jesús Muñoz Torres, para el A quo, es totalmente incoherente y contradictorio con la declaración de la demandante en muchos aspectos; manifiesta haberlos conocido en el barrio El Porvenir desde hace 15 años viviendo donde la suegra cuando la actora dijo que en ese sitio habían vivido solamente hace 5 años, manifiesta también que había dejado de ver al señor aproximadamente hace 8 años, pero de forma incoherente e ilógica dice que le constaba que convivieron hasta la muerte, manifestó que le constaba que la demandante visitaba al causante en Acacias cuando la misma demandante aseguró que no fue nunca fue, esas incoherencias y esas contradicciones llevaron al despacho a descartar totalmente al testigo.

El despacho llamó de oficio a Adriana Chitiva hija de la pareja quien manifestó que sus padres no tenían una relación matrimonial ideal, que su padre se consumió en el alcohol desde muy temprana edad, derivado de ello la relación fue muy disfuncional, quiere decir que era muy intermitente la relación. *«Sobre su viaje al llano él se quiso ir a toda costa a visitar al hermano, no había forma de detenerlo, él se fue como en marzo del 2019, esto fue una lucha de mi mamá y mía manifestó ella, tratamos siempre de que estuviera bien y complacerlo, siempre quería estar tomando, mi madre siempre estaba allí, él se iba siempre pero para buscar tomar, mi padre se fue para Acacias y mi madre no pudo viajar porque tuve un embarazo de alto riesgo manifiesta la testigo, su fallecimiento fue con ocasión a la ingesta de trago, toma de trago, recayó en el alcohol en Acacias nuevamente y lo llevó al fallecimiento por el deterioro de su cuerpo no aguantó. La relación siempre estuvo vigente de forma intermitente, por el alcohol pero mi madre siempre estuvo como su esposa, no se conoció otra relación de mi padre con ninguna otra persona, vivían agarrados por ser una persona alcoholizada, ella cuidó de él siempre, estuvo atenta a su padecimientos y se intentaron hacer varios tratamientos para su recuperación, mi madre siempre estuvo atenta a sus enfermedades, mi madre no es pensionada, ella se dedicó a cuidar de mí, ella siempre estuvo en el hogar y cuidando la casa, mi madre siempre estuvo en la casa, él iba y venía con ocasión a su enfermedad en los últimos años».*

El juez de primer grado adujo, que el testimonio de Adriana Chitiva, y del análisis probatorio de los demás documentos, como es el registro civil de matrimonio, se establece que el vínculo matrimonial persistió desde 1976 hasta la fecha del fallecimiento de Jorge Chitiva, que aparecen afiliaciones

a la EPS dónde la demandante figura como beneficiaria en salud, esos son indicios llevaron al despacho a establecer una eventual relación entre la pareja. También respecto del tema del alcohol dentro del expediente aparece historia clínica desde el año 2003 al año 2017 dónde se verifica efectivamente situaciones que tienen que ver con los problemas de alcohol del causante y que estableció aquí la hija Adriana Chitiva en su declaración.

En ese sentido consideró, este caso es un caso sui generis, es un caso de perspectiva de género, se entera el despacho de la enfermedad del alcohol del causante con la declaración de la hija, *«se está frente a un proceso donde se debe aplicar la perspectiva de género, no puede el despacho desproteger a una mujer que vivió esta situación con una persona entregada a una enfermedad como es el alcohol. No puede desconocerse que la demandante estuvo dedicada al hogar y eso es un trabajo también que le impidió efectuar cotizaciones, y hoy en día estar pensionada»*, en ese sentido concluye el A quo, la actora también ayudó a construir la prestación económica, y estableció que, si se dio una relación de convivencia entre el 13 de marzo de 1976 al 19 de diciembre del 2019, y por tanto ordenó el reconocimiento pensional.

Finalmente, asentó, que la decisión de Colpensiones no fue una decisión caprichosa, estuvo ajustada a las pruebas que valoró, por ello absolvió de los intereses moratorios, considerándolos no procedentes.

II. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. La parte actora, pidió que se confirme la decisión de primer grado, en tanto Colpensiones, solicitó se revoque la decisión, por considerar que no se logró demostrar la convivencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar, en el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, si a

la demandante le asiste o no el derecho al reconocimiento a la sustitución pensional con ocasión de la muerte de Jorge Enrique Chitiva Velásquez, a partir del 19 de diciembre de 2019, en calidad de cónyuge.

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que al causante Jorge Enrique Chitiva Velásquez, Colpensiones le reconoció pensión de vejez mediante Resolución 30722 de 21 de diciembre de 2001, compartida con Avianca S.A, (Expediente Digital C.C 17042594- GEN-ANX-CI-2018_3185678-20180320122432.) cuya cuantía a la fecha de su muerte equivalía \$1.364.227, tal como se desprende de las Resoluciones SUB 41324 de 13 de febrero de 2020, mediante las cuales se determinó negar el derecho pensional aquí reclamado (Expediente Digital C.C 17042594 GRF-AAT-RP-2020_110726-20200213122043). De igual modo, se encuentra plenamente acreditado que el pensionado falleció el 19 de diciembre de 2019, tal como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante (Expediente Digital C.C 17042594 GEN-RCD-AP-2020_110726-20200103051237).

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, de los anteriores fundamentos facticos acreditado, permiten determinar que la norma vigente para la fecha del deceso del causante lo fue el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Al efecto, la norma aludida contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte del asegurado o pensionado fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha

del deceso tengan 30 o más años de edad, requisito que satisface la demandante.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que para acceder al derecho a la pensión de sobrevivientes, debe demostrarse el requisito de la convivencia en los términos exigidos por la norma, pero morigeró el rigorismo en el sentido de exigir para la cónyuge supérstite que los 5 años de vida en común los puede cumplir en cualquier tiempo, pero en todo caso debe acreditarlos, según la sentencia SL10496-2015, pero aclara la Sala que no es suficiente la demostración del requisito formal del vínculo matrimonial, se requiere en el caso de la o el cónyuge separada/o, acreditar también la presencia de ése vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 3747-2018).

Acogiendo el criterio expuesto, se tiene que el requisito fundamental para el reconocimiento de la prestación objeto de estudio, es la demostración de la convivencia real y efectiva y el perjuicio ocasionado por la ausencia del pensionado o asegurado fallecido, resaltándose que lo relevante no es la naturaleza jurídica del vínculo que haya unido a la pareja, sino que lo primordial son los lazos afectivos que se observaron en ella durante la vida del causante y al momento de la muerte.

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se procede a analizar el acervo probatorio, para lo cual indica la Sala que en el proceso se acreditó que la demandante contrajo matrimonio con Jorge Enrique Chitiva Velásquez, según el registro Civil de matrimonio, en que se evidencia que celebraron el matrimonio el 13 de marzo de 1976 (Exp Digit. GEN-RCM-CO-2020_110726-20200103051237.pdf).

En el proceso rindió declaración Adriana Chitiva Jaramillo, hija de la demandante y del causante, su dicho, brinda certeza porque es testigo

directa de los hechos relacionados con la convivencia que pretende demostrarse en el presente proceso; indicó que: su padre era alcohólico, por lo que, la convivencia entre sus padres, no fuera la ideal, que su papá nunca se involucró con otra mujer, que no tiene hermanos; que el difunto, siempre se refirió a la demandante como «mi mujer» «mi esposa».

señaló que: *«ellos si vivían agarrados y yo la verdad creo que pues llevar una relación con una persona alcoholizada realmente no es fácil pero la relación siempre persistió y yo le agradezco a mi mamá porque durante todo el tiempo de los últimos años de mi padre que fue tan complicado digamos como cuidar de él, mi mami siempre a pesar de todo estuvo pendiente, estuvo atenta, estuvo ayudando, él estuvo un tiempo acá recluido en Bogotá en la clínica San Ignacio con el riesgo de que le amputaran una pierna porque tenía una ulcera abierta, ya con un proceso de varios años intentamos varios tratamientos, cirugía química, bueno pero se complicó y realmente esa temporada me cogió en un momento muy ocupado, mi mamá fue la que estuvo allí en frente del proceso en la San Ignacio y pues digamos fue gracias a la labor de mi mamá ya cuidando de él y eso que logramos que no le amputaran la pierna porque se la iban a amputar y fue gracias a la intervención de mi mamá que lo operaron y le hicieron una cirugía para destaparle una vena que era la que le estaba generando la principal obstrucción.»*; seguidamente manifestó que, el papá se trasladó al llano en marzo de 2019.

Sostuvo que: *«antes de que se fuera para el llano mi papi siempre estaba como unos días aquí, otros días allá, no podíamos como dejarlo en un solo lado porque era imposible, él estaba un tiempito y ya empezaba a decir que lo teníamos aguantando hambre, que no me dan comida, que no sé qué, que molestan mucho. Él estaba en temporadas conmigo, estaba en temporadas en mi casa, yo hace 4 años vivo en Cota, esto es un pueblo muy frío entonces esa era la excusa de él para no quedarse conmigo y pues yo reconozco que algo mal le sentaba porque pues como ya tenía una artritis tan avanzada le molestaba el frío, él se quedaba algunos días donde mi abuelita que vive en Bosa que siempre ha sido una persona que lo apreciaba mucho, en medio de todo lo que les he comentado mi padre también tuvo sus cosas buenas y la familia de mi mamá está muy agradecida con él por el apoyo de alguna forma recibieron de él, entonces mi abuelita también, él estaba allí con mi abuelita algunas temporadas pero siempre venía el problema de que el trago, que se ponía a tomar, que se emborrachaba a unos extremos de ponerse grosero, agresivo, se ponía a insultar, su tema de higiene personal era bastante complicado también entonces eso hacía que estuviéramos ahí como rotando siempre de lado en lado»*.

Por su parte el Testigo Juan de Jesús Muñoz, declaró que es vecino de la accionante, en el barrio Porvenir de Bogotá, que conoció a Jorge Enrique Chitiva Velásquez hace 15 años, que estaba enfermo, y se iba para el llano,

porque el clima le era más favorable, que era esposo de la accionante, que fue una relación que duro toda la vida; igualmente manifestó que hace 8 años no veía a Chitiva Velásquez, y que no tenía conocimiento si la actora lo visitaba en Acacias.

En el interrogatorio de parte, Luz Marina Jaramillo Rocha; afirmó que se casó con el pensionado fallecido, el 13 de marzo de 1976 y compartieron hasta la muerte, que tuvieron una hija que nació en 1977; vivieron inicialmente en el barrio Lucero más o menos hace 5 años, cuando vendieron la casa ahí pasaron a El Tintal, un apartamento que compraron, y luego lo arrendaron por cuestiones económicas, vivieron también en la casa de la hija, en la casa de la mamá, en Girardot por la enfermedad de artritis; que su cónyuge Jorge Chitiva falleció en Acacias-Meta, pero ella no estuvo en Acacias-Meta al momento del deceso, que el causante, se fue a Acacias donde una sobrina en marzo del 2019, por su salud pues el clima le era beneficioso, que Chitiva falleció de un paro respiratorio en Acacias, pero la exequias se llevaron a acabo en Bogotá.

En lo atinente a la investigación administrativa, allegada por Colpensiones, la Sala al efectuar el análisis correspondiente, evidencia que se entrevistó a Adriana Chitiva Jaramillo, hija del causante, declaración que se ratificó dentro de esta causa laboral, donde se indicó respecto a la convivencia de la accionante con su cónyuge fallecido, que siempre convivieron pero la relación era un poco complicada debido a un problema de alcoholismo que él tenía su padre, a tal punto que tuvieron que internarlo hace muchos años, indica que sus padres mantenían convivencia hacía mucho tiempo de techo y mesa porque ya no compartían lecho, empero porque su padre no se amañaba en ningún lugar, que insistió irse para el meta donde vivía un hermano, desde marzo del año 2019, donde falleció por múltiples complicaciones.

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que la accionante Luz Marina Jaramillo Rocha sí convivió con el causante en la forma requerida por las disposiciones legales vigentes y jurisprudenciales vigentes. Pues está clarificado en el plenario

que contrajo matrimonio con el causante, en el año 1976, y posteriormente tuvieron una hija; no hubo disolución del vínculo matrimonial; ahora, si bien al momento del deceso de su cónyuge, esto es, 19 de diciembre de 2019, no vivía bajo el mismo techo, debido a los problemas de alcoholismo que padecía Chitiva Velásque, siempre se mantuvo el apoyo, moral, afectivo y espiritual durante todo el tiempo, por tanto, así se hubiese llegado a presentar una separación, los deberes como pareja subsistieron.

Al efecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia, CSJ SL5260- 2021 en la que reitero lo manifestado en la sentencia CSJ SL 2010-2019, explicó:

*Pues bien, de la normativa transcrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, **la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.***

Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).

Justamente, esa es la teleología y alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se reitera, no dejar desamparado(a) al(la) cónyuge supérstite separado(a) de hecho que mantiene el vínculo marital vigente, quien en su momento aportó a la construcción del derecho pensional del causante; pero, además, su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos.

En efecto, no es ajeno al conocimiento colectivo que la decisión de separarse de hecho del cónyuge, comúnmente proviene de problemas estructurales que aquejan la relación de pareja, que, debido al impacto emocional que aquellos generan en los consortes, terminan por convertirse en causas de distanciamiento.

Cada una de esas situaciones, por supuesto, no pueden ser previstas por el legislador; y es precisamente, en ese contexto, en el que el juez entra a jugar

su rol de intérprete de la norma a efectos de zanjar la necesidad de que el ordenamiento jurídico cubra esos escenarios. Así lo reconoció, por ejemplo, esta Corporación en un reciente pronunciamiento en el que explicó que la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja y, en dicho caso, otorgó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite del causante pese a no convivir con él, ni mantener lazos de afecto, pues determinó que la renuncia a la cohabitación estaba justificada por los malos tratos a que era sometida y obedecía al ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal (CSJ SL2010-2019).

Así las cosas, a juicio de esta Sala de Decisión, la accionante acreditó el tiempo de convivencia requerido – cinco años en cualquier tiempo-, con el pensionado fallecido, En tal sentido, es claro que debe concederse la sustitución pensional a la demandante, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte del causante.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta debe decirse que no tiene vocación de prosperar, como quiera que entre la acusación del derecho, 19 de diciembre de 2019, la reclamación administrativa efectuada el 03 de enero de 2020, que concluyó con la Resolución SUB 41324 del 13 de febrero de 2020, notificada 14 de febrero de 2020 (Exp Digital- GEN-RES-CO-2020_2082677-20200214010118 y GRF-AAT-RP-2020_110726-20200213122043) y la presentación de la demanda el 18 de septiembre de 2020, no transcurrieron los 3 años de que tratan los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS, tal como lo estableció la juez *a quo*.

De acuerdo con lo anterior, la actora tiene derecho la sustitución pensional desde el 19 de diciembre de 2019, fecha del deceso, como bien lo indicó el A quo. El monto corresponde al 100% de la mesada que venía percibiendo en vida el pensionado y por 14 mesadas pensionales.

Finalmente, se mantendrá incólume la absolución por los intereses moratorios, pero en todo caso se confirmará la orden de indexación con la finalidad de paliar el efecto negativo que genera la devaluación del peso colombiano. Por último, considera acertada la Sala la orden de descontar lo concerniente a los aportes a salud.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

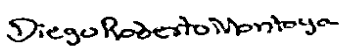
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 028-2020-00360-01

Demandante: MARÍA CLEMENCIA RAMÍREZ MELENDRO

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES PORVENIR SA**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas Porvenir SA y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de abril de 2022. De igual manera, se revisará la aludida providencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

María Clemencia Ramírez Melendro llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que se declarara la nulidad de la solicitud de vinculación a Porvenir SA, que generó su cambio de régimen pensional y que pertenece

al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD, en consecuencia, la inoperancia de sus efectos y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, reintegrando los aportes para pensión que le fueron consignados junto con los rendimientos financieros generados y los gastos de administración a Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, se condenara a Porvenir SA, a en costas y agencias en derecho,

Fundamentó sus peticiones, en que fue afiliada al Sistema de Seguridad Social En Pensiones a partir del 18 de agosto de 1.989; como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones, se trasladó de régimen pensional, afiliándose a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Horizonte SA hoy Porvenir SA el 22 de abril de 1996, donde al momento de la afiliación y a través de su promotor, suscribió el formato preestablecido para la afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Argumentó que, solicitó a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones y a Porvenir SA, la anulación del traslado y de ello recibió respuesta negativa. Preciso que en el estudio comparativo de cálculo actuarial realizado entre el régimen de Ahorro Individual con solidaridad y el régimen de Prima Media con Prestación definida, se genera una diferencia en el monto mensual de la pensión que dejaría de percibir con base en la información contenida en la historia de aportes al RAIS (Exp. Digital: «04Subsanacion.pdf»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir SA se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos, indicó no constarle o no ser ciertos.

En su defensa, argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS con Horizonte SA hoy Porvenir SA se dio en 1.996, de manera libre, espontánea,

sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observaba la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1.993, el cual presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPTSS. Explicó que, en la documental de Asofondos se refleja que el traslado se hizo con Horizonte S.A en 1.996, y asimismo, la entidad cuenta con el formulario de Invertir del 22 de abril de 1.996. Asimismo, su permanencia en el RAIS durante 24 años ha sido producto de su voluntad y su expectativa legítima de pensionarse bajo las condiciones de este, no expresando inconformidad alguna.

Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación*», «*compensación*» y «*excepción genérica*» (Exp. Digital: «010. contestacion PORVENIR.pdf»).

A su turno, Colpensiones se opuso a las pretensiones y respecto de los hechos aceptó la fecha de afiliación al sistema de seguridad social a partir del 18 de agosto de 1989 y las reclamaciones administrativas efectuadas por la actora a Porvenir SA y Colpensiones, con sus respectivas respuestas negativas, frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que: el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual, donde también cambió de AFP, ratificando tácitamente su voluntad; el Decreto 2255 de 2.010 en su artículo 2.6.10.1.4 preceptúa el deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones de estar pendiente de su estatus pensional y así también, la normatividad dispone que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Presentó las excepciones de mérito de «*Inexistencia afectación por protección judicial*», «*Perfeccionamiento actos de relacionamiento*», «*Hecho de la víctima/afiliado*», «*Perfeccionamiento del acto inexistente*», «*Saneamiento nulidad*», «*Protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero*», «*Inexistencia*

del derecho», «Pago de lo no debido», «Prescripción y caducidad» e «Innominada o genérica». (Exp. Digital: «09Contestacion.pdf »).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintidós (22) de abril de dos mil dos (2022), resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARIA CLEMENCIA RAMIREZ MELENDRO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° DE NOVIEMBRE DE 1996, por intermedio de INVERTIR SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS-ORGANISMO COOPERATIVO hoy AFP PORVENIR S.A y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA CLEMENCIA RAMIREZ MELENDRO [...] a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señala como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas, AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor de la demandante.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES. Las partes quedan legalmente notificadas en ESTRADOS [...].

Consideró en síntesis que el cambio de régimen pensional, debe abordarse desde la institución de la ineficacia, de manera que dicha afiliación queda sin efecto, siendo entonces equivocado abordar el estudio bajo el análisis de las nulidades; destacó que le correspondía a la AFP Porvenir la carga de la prueba de las circunstancias en la cuales hizo el ofrecimiento a la demandante, como de las condiciones en las que se le brindó información veraz y oportuna, resaltó que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad del afiliado, se requiere que se le brindará información completa sobre las condiciones específicas, como de lo favorable y lo desfavorable, que incluso fuera el caso desanimaba al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses; en este sentido destacó el despacho que no se logró acreditar que la demandante hubiera recibido información por parte de la AFP Porvenir sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen, al momento de afiliarse. Preciso que es procedente estudiar la ineficacia del acto, tal como lo ordena el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en consonancia con lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que la AFP haya suministrado una información completa, clara, objetiva y oportuna sobre las implicaciones de tal decisión, teniendo en cuenta las condiciones específicas del afiliado. En ese orden, recordó que era obligación de la AFP Porvenir SA acreditar las circunstancias que rodearon el traslado de régimen de la actora y que su decisión estuvo precedida de una asesoría completa y oportuna sobre ambos regímenes pensionales, de tal suerte que su consentimiento fuera informado. No obstante, encontró que no se allegaron pruebas que permitieran deducir que la demandante recibió la información en los términos expresados por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, precisando que no se incorporó al plenario un documento idóneo para tal fin como una proyección pensional, contrario sensu, los documentos aportados, no demuestran que la actora haya recibido información clara y oportuna al momento de su traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA apeló la decisión, con la finalidad de que se revoque en su totalidad el fallo proferido, argumentando para tal efecto que: no se valoró

el acervo probatorio presentado; la decisión de vinculación al RAIS fue ratificada por la actora con su permanencia por más de 20 años a dicho régimen generando aportes. De la afiliación al RAIS no se demostró error, fuerza o dolo, toda vez que, la accionante indicó que no hubo acto de presión alguna, ni siquiera para la firma del formulario de afiliación, por lo que estimó que bajo ninguna circunstancia se afectó su libre consentimiento; a su juicio, el llamante del proceso tenía unos deberes como afiliado que no cumplió. Referente a las sumas por conceptos de actos de administración de la cuenta de la actora, afirmó que aquellas son de tracto sucesivo, no susceptibles de devolución, pues no financian la mesada pensional.

A su turno, Colpensiones interpuso recurso de apelación, con fundamento en que a la demandante no le asiste el derecho a reintegrarse al RPMPD por encontrarse a menos de 10 años para adquirir la categoría de pensionada, no evidenció vicios del consentimiento y denotó el cumplimiento del deber de afiliación para la época por parte de Porvenir SA, sumando al margen del tiempo que la actora estuvo vinculado al RAIS, lo cual evidenció intención de la demandante a permanecer en dicho régimen, según lo refiere la CSJ en sentencia SL413-2018.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, las partes presentaron alegaciones, las accionadas Colpensiones y Porvenir SA en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y los recursos de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. La parte actora solicitó que se confirme la decisión.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por María Clemencia Ramírez Melendro del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser negativa dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 22 de junio de 1966; ii) el 18 de agosto de 1989 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 22 de abril del año 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías –Invertir Organismo Cooperativo AFP Porvenir SA (Exp. Digital: «01Demanda.pdf», Fls. 99, 50 a 54 y 58).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789- 2002.

Bajo ese entendido, se tiene que la accionante alcanzó la edad de 57 años el 30 de noviembre de 2015, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones y Porvenir SA, (Fls. 85 y 88, *ib.*) cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 176.18 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: Fl. 50 *ibid.*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades

administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado

acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado del llamante a juicio la administradora de fondos de pensiones tenía la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir SA, realizado el 01 de noviembre de 1.996, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora Ramírez Melendro, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo

de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se reitera, 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 la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Ahora, frente al argumento de Porvenir SA, según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, 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 la devolución de 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 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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 ésta 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.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que la parte actora que hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 22 de abril de 2022 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

De otro lado y ante un nuevo estudio, así como la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester recordar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

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.[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003,

hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

En consecuencia, se adicionará el segundo ordinal, para ordenar a Porvenir SA que retorne a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos

de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a esa administradora. Además se dispondrá que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021, CSJ SL3719-2021 y CSJ SL1284-2022). Se confirmará en lo demás, así se decidirá.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir S.A. en la suma de un SMLMV.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A. que retorne a COLPENSIONES los aportes que tenga la actora en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a esa administradora.

DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante

que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir S.A. en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCIA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso de Ordinario Laboral: 110013105-029-2017-00609-01
Demandante: CARLOS BARBOSA
Demandado: GUARDAS
DE COLOMBIA LIMITADA –
GUARDACOL.

**(UBICACIÓN EXPEDIENTE: DESPACHO DIGITAL/REPARTO
EXPEDIENTES 2022/11 DE MARZO)**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

Carlos Barbosa promovió demanda ordinaria laboral de primera instancia para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre él y la sociedad Guardas de Colombia Limitada – Guardacol Limitada, con fecha de inicio el 16 de julio de 2012 y de finalización el 2 de agosto de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la empresa demandada al pago de las horas extras, dominicales y recargos nocturnos causados a partir del 28 de junio de 2014, junto con los reajustes correspondientes a las prestaciones sociales recibidas entre el 28 de junio

de 2014 y el 27 de junio de 2017. De igual manera, solicitó el pago de la indemnización moratoria desde el 15 de febrero de 2015, junto con el subsidio de transporte, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: fue contratado para iniciar labores desde el 16 de julio de 2012 y que laboró hasta el 2 de agosto de 2017. Mencionó que el salario devengado durante el tiempo de la relación laboral ascendía a \$982.560 para el 2014; \$1.005.000 para el 2015; \$1.073.875 para el 2016 y \$1.339.000 para el 2017, y que su contrato de trabajo fue a término indefinido, sin que la empresa durante la vigencia del mismo le hubiese cancelado las horas extras, dominicales y festivos y tampoco el recargo nocturno de conformidad con el tiempo laborado y con los recargos ordenados por la ley.

Adujo que el cargo desempeñado era de guarda de seguridad, cumpliendo un horario era de 12 horas diarias, el cual era rotativo, por cuanto una semana era diurna de 6AM a 6PM y otra semana nocturna de 6PM a 6AM, por lo que la empresa le debe el reajuste a las horas extras, reajuste a dominicales y festivos y el recargo nocturno desde el 28 de junio de 2014 hasta 27 de junio de 2017, así como el reajuste a las prestaciones sociales de los últimos tres años de servicio.

Señaló que tiene derecho al reconocimiento y pago del auxilio de transporte toda vez que la empresa le asignó como lugar de trabajo el municipio de Soacha, y que él vive en la ciudad de Bogotá. Por último, afirmó que la sociedad demandada no cotizó los aportes a pensión conforme el salario devengado mensualmente. (Exp. Digital 001ExpedienteHastaAutoFijaFechaAudienciaaaFolio149 Fbs. 29 a 33.)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Guardas de Colombia Limitada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones condenatorias incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, puntualizó que eran ciertos los relacionados a la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales y el cargo ejercido por el demandante durante la vigencia de la relación laboral. Frente a los demás hechos, adujo que no eran ciertos y explicó que, las partes pactaron como remuneración al servicio prestado la suma de un salario mínimo mensual legal vigente,

que se vio incrementado con la remuneración adicional por trabajo suplementario, dominical, festivo y nocturno que fue cabalmente cancelado por la empresa al demandante.

Agregó que, el actor laboró en los turnos y horarios establecidos en el Reglamento Interno de Trabajo vigente en la empresa y que durante la vigencia y a la terminación del contrato de trabajo que vinculó a las partes, se le canceló al trabajador, a su satisfacción y sin reclamo alguno, la totalidad de los derechos legalmente causados en su favor a saber: salarios, prestaciones sociales, vacaciones, remuneración por el eventual trabajo suplementario diurno, nocturno, dominical y festivo, últimos conceptos que se advierten detallados en los desprendibles de nómina como “recargos” y “extras”. Respecto a las cesantías causadas por el trabajador, señaló que el valor correspondiente fue consignado oportunamente ante los Fondos de Cesantías, y su saldo cancelado al actor junto con la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que no se le adeuda suma alguna por los conceptos reclamados. Finalmente, manifestó que, en cuanto al subsidio de transporte intermunicipal, se canceló conforme a lo establecido en la ley 15 de 1959.

Propuso como excepciones de mérito las de *«pago de los derechos legalmente causados»*, *«inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada»*, *«falta de título y de causa en el demandante»*, *«compensación»* y *«prescripción»*. (Exp. Digital 001ExpedienteHastaAutoFijaFechaAudienciaaaFolio149 F^{os}. 157 a 168.)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de junio de 2021 resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada GUARDAS DE COLOMBIA LTDA GUARDACOL, de todas cada y una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS BARBOSA.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante CARLOS BARBOSA, a pagar las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia, **CONSULTARSE** por el honorable Tribunal Superior de Bogotá.

Consideró que no existía duda en cuanto a la existencia del contrato de trabajo por cuanto el mismo fue aceptado por la demandada en los mismos términos señalados en el libelo demandatorio, en lo que respecta a la modalidad y extremos temporales de la relación. No obstante, al verificar la procedencia de la reliquidación de las prestaciones sociales trajo a colación varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia tales como las Rad. 45931 de 2016 y, 3009, 45931 y 47138 de 2017, según las cuales corresponde al actor asumir la carga procesal e indicar las razones y soportes de su inconformidad respecto a la liquidación de sus acreencias laborales, ante la omisión del reconocimiento de las horas extras, que según él considere, fueron omitidas para tal fin.

Del recuento jurisprudencial aplicado al caso concreto, señaló que el actor debía demostrar de manera clara y fehaciente cuáles fueron las horas extras y el trabajo suplementario realmente laborado por él, y que no fue cancelado por la empresa demandada ni tampoco fueron tenidas en cuenta para la liquidación de sus prestaciones, para concluir que, de conformidad con las pruebas aportadas, no se logró dilucidar cuáles horas, que alega en la demanda, laboró y no le fueron canceladas.

Finalmente, recalcó que el señor Carlos Barbosa no cumplió con la carga de la prueba en la medida en que no demostró las horas efectivamente laboradas y no canceladas, reiterando que, desde la misma demanda, no notó dicha falencia como quiera que no se indicó puntualmente los días, fechas y horas que pretende sean reconocidas a través de este mecanismo ordinario laboral.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación en contra del fallo de primer grado argumentando que el accionante durante la vigencia de la relación laboral trabajó turnos de 12 horas, tal y como se logró probar con el testimonio practicado, más no, como lo afirmó la demandada en su contestación de demanda, que cumplía un horario de 8 horas como lo reza el reglamento interno de trabajo, ni mucho menos 10 horas como lo afirmó la representante legal en su interrogatorio de parte.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión proferida en primera instancia. La parte actora, guardó silencio.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si le asiste derecho al señor Carlos Barbosa al reconocimiento y pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta para ello las horas extras, el trabajo nocturno y suplementario que aduce haber laborado durante la vigencia del contrato de trabajo suscrito con Guardas de Colombia Ltda Guardacol.

VI. CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las parte existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos temporales el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2012 y el 2 de agosto de 2017, según lo aceptado por la demandada y conforme se corrobora en la copia del contrato de trabajo (*Fl. 77 y 78 digital*) y de la liquidación del mismo (*Fl. 16 digital*), mismos que dan cuenta que el actor desempeñó el cargo de vigilante, bajo la modalidad de contratación a término indefinido, aspectos frente a los cuales no se realizará manifestación alguna.

Respecto del trabajo suplementario alegado por la parte actora, sabido es que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que, atendiendo la carga de la prueba y que se encuentra regulada en el artículo 167 del C.G.P., le corresponde a la parte demandante el demostrar su dicho, tan es así que en reiteradas providencias siendo una de ellas la de radicación No. 42167 de 2012 en la que precisó:

[...] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, **no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros» (se subraya).**

Sumado a lo anterior, la Alta Corporación con ocasión al tema de trabajo suplementario en sentencia SL 2283-2018, que trajo a colación la sentencia con radicación No. 27064 de 2004, ha enfatizado que *«la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo».*

En ese sentido, resulta diáfano, que en tratándose de horas extras la carga de la prueba está a cargo del trabajador, pero que ésta debe ser concreta y específica de manera que permita determinar la época y duración de la jornada en la que realmente se prestó el servicio.

Al respecto, se observa que el demandante no cumplió con la carga probatorio a la que se ha hecho alusión, pues no acreditó de manera certera cual fue el horario en que laboró o en el cual causó las horas extras pedidas, si trabajó durante días dominicales o festivos y mucho menos si el horario se extendió más allá de la jornada legal, sin que de la documental denominada por el actor como *«registro de horas extras, dominicales festivos, de los años 2014, 20015 [sic], y 2016»* obrante a folios 18 a 28 pueda deducirse la autorización para la ejecución de ese trabajo suplementario que se solicita, ni muchos menos permiten evidenciar que el recurrente prestó efectivamente sus servicios fuera de la jornada ordinaria. Es más, la documental enunciada corresponden a unas hojas diligenciadas de forma manuscrita en su totalidad, sin que se advierta firma alguna ni membrete

de la sociedad demandada, aspecto que por demás tampoco fue aceptado por la parte contraria.

Ahora bien, considera la apelante que con la declaración rendida por el testigo Jhonatan Moreno Mendoza se logró probar que el demandante trabajó turnos de 12 horas durante la vigencia de la relación laboral. No obstante, del análisis realizado a la referida prueba testimonial, considera el Colegiado que éste tampoco ofreció elementos de juicio para demostrar la existencia de una jornada laboral superior a la legal, pues aunque indicó que le constaba que el señor Carlos Barbosa cumplía un horario mayor a 8 horas, lo cierto es que no pudo precisar las fechas claras en las que le constaba dicha afirmación, máxime cuando, sostuvo que la única forma de corroborarlo era por un medio de comunicación en el que todos los vigilantes escuchaban la hora de reporte de ingreso y salida del puesto de trabajo.

Así las cosas, la Sala de Decisión concluye que en el juicio no existe prueba de la ejecución de trabajo suplementario por parte del apelante conforme lo establece el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía a la especialidad laboral, en tanto, no demostró las fechas y horas efectivamente trabajadas en favor a la demandada para que procediera la condena solicitada, pues sólo se limitó a aseverar su existencia y, como quedó señalado, la prueba documental ni mucho menos testimonial permiten demostrar lo planteado en el *sub lite*; razones por las cuales habrá de confirmarse lo decidido en primera instancia y, por sustracción de materia, no hay lugar a verificar los reajustes e indemnizaciones que de allí podrían derivarse.

Así se decidirá. Costas en esta instancia a cargo del demandante, como quiera que no fue avante el recurso de apelación interpuesto.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante.

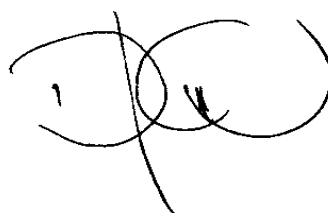
TERCERO: Surtido el trámite en esta instancia en oportunidad devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por conceto de agencias en derecho la suma de \$200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tener de los consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **029-2021-00269-01**

Demandante: FIDEL ALFONSO PARRADO JIMÉNEZ

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR SA**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas Porvenir SA y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de marzo de 2022. De igual manera, se revisará la aludida providencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Nelson Emilio García Barrera, a través de apoderado judicial, llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que se declarara la ineficacia de la afiliación a Porvenir SA, que generó su cambio de régimen pensional y que pertenece

al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD, sin solución de continuidad desde el 1 de julio de 2004 a la fecha del fallo correspondiente.

Como consecuencia de lo anterior, se condenara a Porvenir SA, a que en el evento de haberse trasladado sus aportes, realizara el reintegro de los aportes para pensión que le fueron consignados, junto con los respectivos bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses a Colpensiones. Solicitó de igual manera, se condene a Colpensiones a continuar con la afiliación al sistema general de seguridad social en pensión, así como las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, en que ha cotizado al Sistema Pensional tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aportes efectuados por él en la AFP Porvenir y Colpensiones, respectivamente. Señaló que el asesor encargo del traslado de régimen no le suministró la información necesaria para tomar la decisión, induciéndolo en error.

Agregó que, mediante derecho de petición radicado ante Colpensiones, de fecha 9 de febrero de 2021, solicitó realizar los trámites correspondientes para que el demandante pudiera continuar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, sin embargo, el 10 de febrero de 2021 la referida administradora le emitió respuesta negativa. Así mismo, que la AFP Porvenir mediante oficio 0100222108709500 le dio respuesta negativa a la solicitud de traslado solicitada.

Por último, señaló que la pensión que le llegare a reconocer el fondo privado de pensiones no le resulta favorable con respecto a la que le otorgaría Colpensiones (Exp. Digital: «001DEMANDA» F.^{os} 7 al 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones y respecto de los hechos aceptó que el demandante efectivamente durante su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cotizó un total de 632 semanas, aportes que fueron trasladados a Porvenir SA, y que el actor presentó solicitud de

anulación del traslado la cual fue negada por no ajustarse a derecho. Frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que, a la fecha, el traslado realizado por el actor el 1 de julio de 2004 a la AFP Porvenir SA se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente válido por haberse realizado conforme las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 665 de 1994 y los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Señaló que, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la parte actora no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que en la actualidad tiene 64 años de edad teniendo en cuenta que nació el 29 de enero de 1957.

Agregó que la eventual afiliación de la parte actora al Régimen de Primera Media, el traslado de los aportes al régimen en mención y la actualización de su historia laboral, depende de la decisión favorable que previamente obtenga respecto de la pretensión de declaratoria de nulidad de la afiliación. Además, que, el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por requisito de tiempo de servicios.

Precisó que el accionante no probó causal alguna de que la afiliación a la administradora privada Porvenir, es nula como lo manifiesta, teniendo en cuenta que cumple con los presupuestos legales para su existencia, no infringe la norma, por lo cual estima que no procede la declaratoria de nulidad y por tanto no puede haber regreso automático al RPMPD.

De otra parte, expresó que con observancia en la historia laboral del accionante, al verificar sus tiempos cotizados al ISS, se observa que tiene un tiempo acumulado de 250 semanas a partir de 1988, de las cuales se

tiene que contaba con 24 semanas aproximadamente para el 1 de abril de 1994, por lo que señaló que no tenía 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia no puede retornar al RPMPD por ausencia clara de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia; concluyó que, no es posible su traslado de acuerdo con lo previsto en la ley y especialmente las sentencias CC C-1024-2004, CC SU-062-2010 y CC SU-130-2013, lo que imposibilita legalmente su traslado al régimen de prima media con prestación definida.

Presentó las excepciones de fondo de «*Prescripción y caducidad*», «*Declaratoria de otras excepciones*» e «*Inexistencia de la Obligación y del Derecho por Falta de Causa y Título para Pedir*» (Exp. Digital: «005ContestaciónColpensiones202107299.pdf»).

A su turno Porvenir SA se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos, indicó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, argumentó que el traslado inicial de la parte demandante desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó con Porvenir SA, en el año 2004, como consta en la solicitud de vinculación No. 10769253; afiliación que fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que esta fue inequívocamente voluntaria, tal como se aprecia en la solicitud enunciada, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPTSS. Adicionalmente esgrimió, que le garantizó el derecho de retracto, ya que el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

Precisó, que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio no se prueba y mucho menos es procedente la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues explicó que esta opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas

dolosas, que en este caso no se alegan ni acreditan. Adujo que el actor estuvo por más de 17 años en el Régimen de Ahorro Individual, sin haberse expresado inconformidad alguna por ausencia de información ni haber solicitado su regreso al RPMPD. Por último, adujo que al accionante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación*», «*compensación*» y «*excepción genérica*» (Exp. Digital: «007. ContestaciónPORVENIR20210803.pdf»).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintiocho (28) de marzo de dos mil dos (2022), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere el señor **FIDEL ALFONSO PARRADO JIMENEZ** [...] a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, el 01 de julio de 2004 con fecha de efectividad 01 de septiembre de 2004, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **FIDEL ALFONSO PARRADO JIMENEZ**, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., todos los valores que haber recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas. [...]

Consideró en síntesis que el tema de la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional fue abordado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia 31989 de 2008, postulados que se mantienen hasta la actualidad. Que a través de la línea jurisprudencial se han establecido unas reglas dentro de las cuales se ha indicado que la simple firma del

formulario de afiliación no es prueba suficiente del consentimiento informado, pues a todos los fondos encargados de administrar las pensiones les corresponde cumplir con los deberes que les impuso la ley y el deber de información impuesto desde la expedición de la Ley 100 de 1993. De igual manera, se ha invertido la carga de la prueba, es decir, que le correspondía a Porvenir demostrar en el juicio que, en efecto, cumplió con el deber de información para la fecha del traslado del régimen pensional del demandante.

Agregó que las últimas sentencias de la Corte Suprema, ha definido los deberes que les asiste a los fondos encargados de administrar las pensiones dependiendo el momento en que se produzca el traslado del régimen pensional, dependiendo del momento histórico en que se haya efectuado el traslado. El primero de ellos es con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hasta la expedición de la Ley 1329 de 2009, periodo en el que existía el deber de información. Así entonces, tuvo en cuenta que el demandante se trasladó de régimen pensional en el año 2004, ubicándolo dentro del referido periodo histórico, interregno en el que se exigía el deber de información consistente en la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Es decir, que al menos de manera general se debía indicar a los afiliados cuales eran las características de cada uno de los regímenes pensionales, sus ventajas y desventajas.

Concluyó que, conforme el precedente jurisprudencial, no hay duda alguna que quedó demostrado que el demandante suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A., sin embargo, la simple firma no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Por lo tanto, se debía probar, por parte de la administradora de pensiones, que cumplió con el deber de información, sin que existiera dentro del plenario prueba alguna al respecto, como tampoco se pueda determinar ese deber con el interrogatorio de parte practicado al actor, por lo que accedió a declarar la nulidad de traslado del RPMPD al RAIS, con las consecuencias indicados en precedencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA apeló la decisión, con la finalidad de que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que: para declarar la ineficacia por

parte de la falladora de primera instancia, en cuanto al deber de información como una obligación que debió haber sido probada por la administradora de pensiones, de brindar información clara sobre los efectos del cambio de régimen, no se valoró por parte del despacho el consentimiento informado para su libre escogencia la cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso. Señaló que en dicho documento el actor expresó que realizaba la escogencia libre, espontánea y libre del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, habiendo sido asesorado, como fue exigido en la Ley 100 de 1993, es decir, que no se trataba de una simple declaración vacía, sino precisamente de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma del demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Agregó que, Porvenir siempre le garantizó el derecho al retracto, conducta que se aprobó con la publicación que se realizó en el diario El Tiempo en el año 2004 y que la declaratoria de ineficacia de traslado de regímenes desconoce el principio de autonomía con el que contaba el demandante. Por último, señaló que tampoco procede la condena por la devolución de los gastos de administración, en tanto los mismo no hacen parte de la pensión de vejez, por lo que están sujetos al fenómeno de la prescripción.

A su turno, Colpensiones interpuso recurso de apelación, en el sentido de solicitar adicionar los gastos de administración con el fin de que sean incluidos dentro de los aportes que el demandante realizaba en el régimen privado para que sean reintegrados a Colpensiones, solicitud que realiza con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y lo señalado en el artículo 1746 del Código Civil, el cual se aplica por analogía al tema de las ineficacias de traslado.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, Porvenir SA presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y en el recurso de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Nelson Emilio García Barrera del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser negativa dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

VI. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 29 de enero de 1957; ii) el 2 de abril de 1992 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 1 de julio del año 2004 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir SA (Exp. Digital: «001Demanda», Fls. 17 a 67).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789- 2002.

Bajo ese entendido, se tiene que el accionante alcanzó la edad de 62 años el 29 de enero de 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones y Porvenir SA, (Fls. 17 a 29, *ib.*) cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 104.14 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: « GRP-SCH-HL-2019_8629186-20190702110437.PDF»), por lo que no se encontraba en la

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

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda

tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado del llamante a juicio la administradora de fondos de pensiones tenía la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros,

los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, conforme a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir SA, realizado el 1 de julio de 2004, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento del señor Parrado Jiménez, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se itera, 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 la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Ahora, frente al argumento de Porvenir S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, 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 la devolución de 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 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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 ésta 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.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que el actor hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 28 de marzo de 2022 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá.

De otro lado y ante un nuevo estudio, así como la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo

expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester recordar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

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.

[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En

efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

En consecuencia, se adicionará el segundo ordinal, para ordenar a Porvenir SA que retorne a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Además, se dispondrá que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021, CSJ SL3719-2021 y CSJ SL1284-2022). Se confirmará en lo demás, así se decidirá.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente Porvenir S.A. en la suma de un SMLMV.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para ordenar a **PORVENIR SA** que retorne a **COLPENSIONES** los

aportes que tenga el actor en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora.

DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

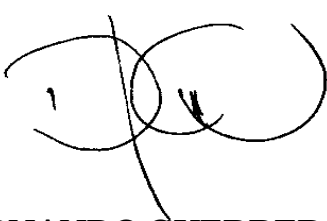
TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente PORVENIR S.A. en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

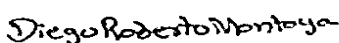
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-033-2019-00039-01

Demandante: MARTHA CECILIA GARZÓN DE VALCARCEL

**Demandada: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. -
FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y Administradora
del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE
CAPRECOM - PAR CAPRECOM LIQUIDADO.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021). De igual manera, se revisará la aludida providencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Fiduciaria La Previsora S.A.- Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom – PAR Caprecom Liquidado.

I. ANTECEDENTES

Martha Cecilia Garzón de Valcárcel llamó a juicio a Caprecom Liquidado hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom Liquidado representado

legalmente por la Fiduciaria la Previsora S.A. - Fiduprevisora, para que se declarara que: i) es pensionada de Caprecom EICE; ii) la accionada incumplió los Acuerdos convencionales de «*No Liquidación de la misma entidad S.A.*», contemplados en los años 2003 y 2013; y ii) que los derechos convencionales dejados de percibir durante los años 2003 a 2015 por suspensión extra-convencional deberán ser otorgados en virtud al incumplimiento por parte de la encartada de no Liquidar la misma.

En consecuencia, se condenara a la demandada a que realizara el pago del el plan de atención complementario actualizado en su conservación y desarrollo de derechos en salud reconocida en el literal A del artículo 28 de la Convención Colectiva de Trabajo, derecho adquirido para trabajadores vinculados y pensionados al momento de la expedición de la Ley 314 de 1996 y su respectivo grupo familiar, por encontrarse afiliada a CAPRECOM servicio médico, durante el periodo comprendido del 12 de Junio de 2003 al 19 de Diciembre de 2015. Le sean otorgados los derechos convencionales dejados de percibir durante los años 2003 a 2015, con ocasión de la suspensión de los Acuerdos convencionales antes mencionados, como el pago del plan de atención complementario actualizado en su conservación y desarrollo de derechos en salud reconocida en el literal A) artículo 28 de la Convención Colectiva de Trabajo y su respectivo grupo familiar; que todos los pagos se hagan de manera indexada, más lo extra y ultra petita.

Fundamentó de sus pretensiones, en que: laboró en favor de CAPRECOM desde el 23 de marzo de 1972 hasta el 30 de abril de 1997, desarrollando su labor de manera dependiente, cumpliendo horarios y acatando órdenes; la estabilidad jurídica y administrativa de Caprecom EICE, se vio sometida a una serie de factores que le determinaron su estado de liquidación desde el año 2003 y dadas estas circunstancias y la voluntad política y administrativa para ese entonces, fue aprobada mediante acuerdo extra convencional suscrito en 2003 y ratificado el mismo año, la suspensión de una serie de derechos convencionales y laborales vigentes a esa fecha, por un periodo de diez años, que inicialmente se hizo para garantizar la estabilidad financiera y el punto de equilibrio requerido, a fin de evitar la liquidación de Caprecom -EICE, por lo que en el transcurso del año 2003, dado que la Convención Colectiva vigente era un factor de alto impacto y en aplicación a la política de racionalización de costos empresariales, Sintracaprecom y Caprecom

deciden suscribir Acuerdo extra convencional de junio 12 de 2003, mediante el cual SINTRACAPRECOM aceptó suspender parcial y temporalmente, por un término de 10 años los artículos de la Convención Colectiva contentivos de derechos, con el fin de que la entidad lograra su equilibrio financiero y evitar su liquidación, no obstante, en dicho acuerdo se acordó que en caso de no viabilización de la entidad, la Convención Colectiva conservaría su vigencia y el Acuerdo Extra Convencional quedará sin aplicación.

Aseguró que posteriormente, Sintracaprecom y Caprecom volvieron a evaluar la situación de la entidad, donde se evidenció que se había logrado continuar con el objeto social, en tanto, Caprecom como persona jurídica, garantizaba que los trabajadores continuaran fortaleciendo la permanencia de la empresa para la subsiguiente etapa y fue acordado entre Caprecom EICE y Sintracaprecom la prórroga por otros cinco años del dicho acuerdo extra convencional firmado en junio de 2003; que el Gobierno Nacional dispuso la supresión y liquidación de CAPRECOM –EICE mediante Decreto 2519 de 2015 resaltando que el incumplimiento de lo acordado extra convencionalmente fue de manera unilateral por parte del Gobierno Nacional.

Manifestó que mediante oficio dirigido al apoderado general de Fiduprevisora SA, radicó reclamación administrativa, la cual tenía por referencia la «Reclamación Acreencias Laborales - Acuerdos Extraconvencionales - Derechos convencionales Suspendidos Temporal Y Parcialmente», lo cual fue resuelto mediante Resolución No. AL.00670 de 2016 de manera negativa por razones de prescripción, falta de competencia y obligación irretroactiva rechazando igualmente la acreencia que presentó de manera oportuna, como crédito de primera clase –cuarto orden; frente a ello, presentó recurso de reposición, que fue resuelto mediante Resolución No. AL-05192 de fecha 29 de junio de 2016 confirmando lo decidido; mediante Acto Administrativo No. AL-08250 de 2016 se resolvió declarar la pérdida de fuerza ejecutoria parcial de las resoluciones AL-0670 y AL-05192 únicamente en lo atinente a la prelación legal de pagos establecida en dichos actos administrativos por haber desaparecido sus fundamentos de derecho.

Finalmente, anotó que mediante Resolución No. 1273 del 17 de junio de 1997 obtuvo su calidad de pensionada en Caprecom y en igual sentido, reseñó que

el Acuerdo Extralegal del 2003, suspendió el plan complementarlo de salud, desconociendo lo establecido en el Artículo 28 de la última Convención Colectiva de Trabajo y la Ley 314 de 1996. (Fls. 124 a 153).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Patrimonio Autónomo de Remanentes –Par Caprecom Liquidado, administrado por Fiduprevisora S.A. contestó la demanda aceptando los hechos relacionados con la naturaleza jurídica y liquidación de Caprecom, como también lo referente a las políticas de seguridad social, el acuerdo extra convencional suscrita en 2003, así como los relativos a su prórroga; respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a las mismas.

En su defensa explicó que existió una relación laboral entre la demandante y la entidad extinta. Informó que el actor se acogió al Plan de Retiro Consensuado y así también, aceptando mediante acta de conciliación lo pagado por la entidad cuando inició el proceso de supresión y liquidación, pese a que el mismo agotó la vía gubernativa en el mismo proceso liquidatorio.

Propuso como excepciones previa la de *«falta de legitimación en la causa»* y de mérito las de *«prescripción»*, *«excepción innominada»*, *«imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas»*, *«pago»*, *«cobro de lo no debido»*, *«inexistencia de la convención colectiva»*, *«cosa juzgada»*, *«declaratoria de otras excepciones o excepción genérica»* e *«innominada»* (Fls. 158 a 165).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el tres (03) de agosto del año dos mil veintiuno (2021), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de los acuerdos extra convencionales suscritos entre **CAPRECOM y SINTRACAPRECOM**, con efectos interpartes, acuerdos del 12 de junio de 2003 y el 7 de junio de 2013, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER al **PAR CAPRECOM** respecto de las pretensiones incoadas en su contra por **MARTHA CECILIA GARZÓN DE VALCÁRCEL**.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación.

CUARTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de CERO PUNTO CINCO (0,5) S.M.L.M.V.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que debe tenerse en cuenta las convenciones colectivas acreditadas, el acuerdo extra convencional del año 2013, específicamente el artículo 8 de la misma, así como las sentencias CSJ SL12575-17, CSJ SL2105-2015 y CSJ SL3152-2021 en donde se ha señalado que son posibles las modificaciones de la convención colectiva a través de documento, salvo si esta tiene por finalidad incrementar los beneficios previstos en ella. Asimismo, mencionó que la sentencia de constitucionalidad CC C-902-2003 expresó que los instrumentos convencionales rigen los contratos de trabajo mientras estén vigentes las relaciones laborales bajo las cuales se dio el surgimiento de estos acuerdos, así entonces, la convención que se encuentre vigente al momento de la liquidación del organismo, debe ser aplicada hasta el momento de la terminación del proceso de liquidación, caso en el cual se dan por terminados los contratos de trabajo ante la desaparición de la entidad.

Explicó que confrontado el material probatorio, los acuerdos suscritos con Caprecom no tienen la validez de modificar de manera negativa las prestaciones contenidas en la Convención Colectiva que fue modificada, sin embargo, la parte accionante no cuenta con el derecho adquirido respecto del Plan Complementario de Salud que hubiera dejado de percibir con ocasión a la celebración de los acuerdos extra convencionales del año 2003 y 2013, por lo que, a pesar de la declaración de ineficacia de los acuerdos extra convencionales, no es viable acceder a la pretensión de la demandante al no acreditar que fuera beneficiaria de este derecho previo a la convención colectiva de años anteriores. Enfatizó que los mencionados acuerdos extra convencionales no son válidos, pues la finalidad de estos es aclarar aspectos confusos del texto convencional, o cuando tengan como finalidad mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, de lo contrario, no están llamados a producir efectos jurídicos al carecer de validez, a menos que ello se dé con la firma de una nueva Convención Colectiva de Trabajo mediante la revisión de que trata el artículo 480 del CST, por ello, declaró ineficaces las actas de los acuerdos extra convencionales reseñados para efectos interpartes.

De otro lado, argumentó que, no es procedente condenar a la demandada teniendo en cuenta que el Plan Complementario de Salud consistía en la prestación de servicios médico asistenciales a la demandante y su núcleo familiar, no en la entrega de una suma de dinero y dada la insuficiencia probatoria no fue posible determinar a cuanto ascendía el mencionado Plan Complementario de Salud desde 2003, ni determinar sus condiciones, añadiendo que tampoco se acreditó que haya un derecho adquirido el cual haya sido cercenado en virtud del acuerdo extra convencional del año 2003 y menos aún con el del año 2013.

Finalmente, añadió que la Convención Colectiva el Trabajo es únicamente aplicable hasta la terminación del proceso de liquidación de la entidad según el precedente constitucional referenciado, por ello, según el acta de liquidación de Caprecom arribada al proceso, suscrita el 27 de enero de 2017, en los periodos del 2003 al 2017 no se acreditó derecho adquirido vulnerado en virtud del acuerdo extra convencional alegado, como tampoco se acreditó que la actora asumiera gastos que no estaba obligada a asumir en aplicación de la Convención Colectiva o como pensionada desde el año 1997.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, al considerar que se encontraba pensionada con fundamento en Resolución 1273 del 17 de junio de 1997 expedida por Caprecom. Explicó que el fundamento y posterior pago de los planes complementarios de salud no tienen acuerdo extra convencional, sino de orden legal expedido por la Ley 314 de 1996, en donde se mencionaba que Caprecom continuaría prestando todos los servicios integrales de salud a los empleados públicos, trabajadores oficiales y pensionados y a su correspondiente grupo de afiliado a ellos, de igual manera, el parágrafo 1º del artículo 8 estableció que los planes complementarios de salud que resulten de la diferencia entre el plan integral de salud que prestaba Caprecom hasta la entrada de la Ley 100 de 1993 como resultado de convenciones colectivas vigentes o que lo modifiquen de las entidades vinculadas al Ministerio de Comunicaciones, sus trabajadores y el POS, estarían a cargo exclusivamente del empleador.

Indicó que los acuerdos convencionales referenciados en el libelo demandatorio, fue un reconocimiento legal se elevó a derecho convencional que no cobijaba a la demandante, pero si la acogía el fundamento legal de la Ley 314 de 1996 al ser pensionada de la extinta Caprecom. Por último, adujo que la testigo Sandra Otero Acevedo aseguró la forma en que se podía tasar los planes complementarios de salud con fundamento en las liquidaciones que se expusieron de Telecom.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, la demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, donde peticionó confirmar la sentencia de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si la demandada debe reconocer y pagar todos los beneficios convencionales que estuvieron suspendidos mediante Acuerdo Extra Convencional del 12 de junio del año 2003, de manera retroactiva.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en la alzada la demandante prestó sus servicios para Caprecom, que no fue beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo aportada a los autos; y le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución No. 1275 del 17 de junio de 1997 (Fls. 41 a 44).

Aunado a ello, se tiene que en la decisión de primer grado quedó establecido que los acuerdos extra convencionales suscritos entre Caprecom y Sintracaprecom el 23 de junio del 2003 mediante los cuales se dispuso la suspensión, por un término inicial de 10 años, entre otros de los planes complementarios en salud de trabajadores y pensionados eran ineficaces,

conclusión ésta que no fue objeto de apelación, de ahí que de verificarse si hay lugar a su pago en dinero.

Ahora, el fallo fustigado concluyó que no había lugar a conceder los beneficios reclamados por la parte actora, en tanto que los servicios medico asistenciales no consistían en la entrega de una suma de dinero.

En ese orden, sea lo primero indicar que la Convención Colectiva de Trabajo aportada al plenario fue suscrita entre Caprecom y Sintracaprecom para la vigencia 2012 - 2013 y se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social (Fls. 102 a 106).

Es de recordar que respecto al sentido y alcance de la convención colectiva de trabajo, la Sala de Casación Laboral ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a establecerlo en virtud de su libertad de negociación, sin embargo, cuando se somete la convención a apreciación judicial, la misma debe ser considerada como una prueba y, por ende, el Juez laboral podrá apreciarla conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS a fin de establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como se indicó en las sentencias CSJ SL4929 - 2015, SL20748-2017 y SL3781-2019, entre otras.

Sobre el derecho convencional solicitado, la cláusula 28 del acuerdo convencional dispone:

CAPRECOM garantiza a sus servidores públicos, vinculados al momento de la expedición de la Ley 314 de 1996, a los pensionados, y su respectivo grupo familiar, la conservación de los derechos en salud a través del P.O.S. y del siguiente Plan Complementario.

PARAGRAFO: Para los servidores públicos, que se vinculen posteriormente a la entrada en vigencia de la Ley 314 de 1996 y que se hayan afiliado a CAPRECOM E.P.S. desde el momento de su vinculación laboral se harán acreedores al Plan Complementario a partir del año de estar vinculados a la Empresa.

De lo anterior, se extrae inicialmente que la conservación de los derechos en salud y/o plan complementario se reservó para los servidores de CAPRECOM vinculados a la expedición de la Ley 314 de 1996 (Diario Oficial No. 42.860, de 22 de agosto de 1996), supuesto en el que se ubica la actora teniendo en

cuenta que el *status* de pensionada lo alcanzó a partir del 17 de junio de 1997 (Fls. 41 a 44), de modo que le serían aplicados los beneficios en salud que reclama, no obstante, revisado el expediente no se encuentra medio probatorio alguno indicativo de que la demandante estuviere recibiendo beneficio alguno o que estuviere en algún plan de salud complementario al del Plan Obligatorio de Salud establecido por la Ley 100 de 1993.

Al punto, es menester traer a colación lo que disponía el artículo 8° de la Ley 314 de 1996:

ARTÍCULO 8o. DE LOS DERECHOS. <Caja suprimida por el Decreto 2519 de 2015> La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, **Caprecom, continuará prestando los servicios integrales de salud a los empleados públicos, trabajadores oficiales y pensionales y a su respectivo grupo familiar que estaban afiliados a ella, a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993**, tal como la venía haciendo, sin perjuicio de la libertad de afiliación que prevé la mencionada ley.

PARÁGRAFO 1o. **Los planes complementarios de salud** que resulten de la diferencia entre el Plan Integral de Salud que venía prestando Caprecom hasta la Ley 100 de 1993, **como resultado de Convenciones Colectivas vigentes o que las modifiquen las entidades vinculadas al Ministerio de Comunicaciones, sus trabajadores y el POS, estarán a cargo del empleador.**

PARÁGRAFO 2o. En el caso del Ministerio de Comunicaciones y de sus Entidades adscritas que no tiene Convenciones Colectivas de Trabajo con sus servidores públicos, los Planes Complementarios de salud mencionados en el presente artículo, serán asumidos por el empleador, en las condiciones que se han venido presentando tal como lo establecen los artículos 288 y 289 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, si bien la convención colectiva que fue aportada al plenario refiere sobre la continuidad de la prestación de los planes complementarios de salud ofrecidos por Caprecom, en una interpretación armónica con la disposición legal en cita, resulta diáfano que eran producto de convenciones colectivas precedentes que no fueron aportadas al presente proceso, lo cual de entrada, da al traste con las pretensiones de la actora.

Así las cosas, al no estar determinado en qué consistían tales beneficios o el plan complementario no es posible verificar si correspondían únicamente a prestaciones asistenciales o a prestaciones económicas, mucho menos su cuantificación en dinero. Desde luego que el testimonio de la señora Sandra Otero nada refiere sobre este particular aspecto y sus dichos tampoco encuentran soporte alguno en el plenario, pues al efecto, sólo se limitó a

señalar que la actora era beneficiaria de los planes complementarios por el acuerdo de la junta directiva y conservó los planes complementarios de la Ley 314 de 1996; que el contrato que se suscribió entre Telecom y Caprecom para el año 2002 fijó un monto y con base en ese valor se actualizó en valor frecuente, añadió que a partir del 01 de enero de 2016 les fueron pagados los planes complementarios, actualizándose a valor presente; que el dinero fue consignado en plata «sic», y lo maneja en la actualidad la Fiduprevisora.

No obstante, se *itera* que nada de lo dicho permite verificar si en efecto tales planes complementarios en salud eran pagados en dinero, mucho menos se encuentra material probatorio en el expediente que permita tal cuantificación.

De otro lado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, deberá determinarse si, conforme lo concluido por el *a quo*, los acuerdos extra convencionales suscritos entre Caprecom y Sintracaprecom el 12 de junio de 2013 y 7 de junio de 2013, son ineficaces, por cuanto a su consideración, la finalidad de los acuerdos es aclarar aspectos confusos del texto convencional o mejorar las condiciones de los trabajadores, más no, como en el caso concreto, producir efectos jurídicos negativos.

En este orden de ideas, se avizora que la demandante alega que ciertamente dentro del Acuerdo Extraconvencional suscrito el 12 de junio de 2013, se suspendieron unos beneficios convencionales por diez (10) años, no obstante, que la empresa incumplió con el fin principal de dicho pacto, el cual era que la entidad no fuera liquidada.

Descendiendo al Acta Extraconvencional referido (f.^{os} 109 a 111), se advierte que las partes para llegar a dicho acuerdo, tuvieron en cuenta que los costos fijos de Caprecom E.I.C.E. superaban ampliamente la capacidad de ingresos y las necesidades de la empresa que imposibilitaban el equilibrio financiero y la viabilidad de sus negocios, por lo que para la recuperación de las pérdidas acumuladas durante varios años, era necesario, poner en marcha un plan de contingencia.

Por esa razón, una vez analizada la Convención Colectiva de Trabajo vigente para esa fecha en la entidad y el impacto financiero que esta causaba,

concluyeron que era menester racionalizar costos, razón por la cual, acordaron suspender parcial temporalmente por un término inicial de diez (10) años la consecución de algunos beneficios contenidos en el texto convencional.

De igual manera, se observa que la parte actora que la entidad demandada incumplió uno de los compromisos pactados dentro del Acuerdo, contenido en el numeral 8° del texto en el que se estableció:

8.- Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del acuerdo extra convencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación.

Es preciso señalar que, el Acuerdo Extraconvencional fue prorrogado, adicionado, incluso, se reactivaron unos beneficios a partir del 12 de junio de 2013, por el término de cinco (5) años (f.os 113 a 117). Nuevamente, en dicho Acuerdo en el parágrafo del literal f), acordaron que en caso de no viabilidad de la entidad en los términos señalados en el Acuerdo Extra Convencional del 12 de junio de 2003 y se determine por parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva de Trabajo conservará su vigencia y el Acuerdo Extraconvencional quedaría sin aplicación.

Ahora bien, advierte esta Colegiatura mediante Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 el Ministerio de Salud y Protección Social el 28 ordenó la supresión y liquidación de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones “Caprecom”, EICE, siendo lógico afirmar que el tantas veces mencionado Acuerdo quedaría sin aplicación, no siendo dable interpretar o dar el alcance, tal y como lo pretende la actora, por lo cual es viable afirmar que en dicho convenio no se comprometieron a que el día que este quedara sin aplicación o que se reanudara nuevamente el pago de los beneficios convencionales, conduciría a que la empresa reconociera y pagara de manera retroactiva todos aquellos que estuvieron suspendidos.

Por el contrario, de la misma exégesis de este compromiso, lo cierto, es que, en efecto, a pesar de los esfuerzos entre el Sindicato y la empresa para que la empresa no fuera liquidada, lograron mantenerla a salvo desde el 2003 hasta el 2015, cuando se ordenó la supresión definitiva de la Caja de

Previsión Social de Comunicaciones, pues era claro que desde la primera data, la extinta empresa ya se encontraba en estado de una posible liquidación y que la suscripción del Acuerdo junto con su prórroga fue uno de los procesos que coadyuvaron a que la entidad continuará en funcionamiento.

En consecuencia, concluye la Sala que el Acuerdo Extraconvencional suscrito el 12 de junio de 2003 junto con la prórroga adiada 7 de junio de 2013, no debían declararse ineficaces, máxime si se tiene en cuenta que dichos acuerdos fueron suscritos por las partes de manera libre, consciente y con plena capacidad para ello y que, contrario a lo concluido por el juez de primer grado, el fin era beneficiar a los trabajadores de la entidad, en la medida de mantener vigentes sus relaciones laborales.

En consecuencia, se revocará el numeral primero de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Así se decidirá. Las costas en esta instancia a cargo del demandante recurrente.

VI. **DECISIÓN**

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

VII. **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR el **numeral primero** de la sentencia proferida EL once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **ABSOLVER** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y Administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM - PAR CAPRECOM LIQUIDADO de las pretensiones incoadas por MARTHA CECILIA GARZÓN DE VALCARCEL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

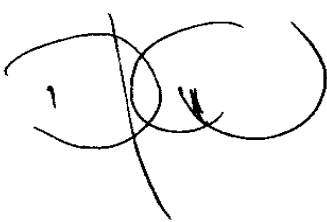
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPTSS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 *ibi*.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por conceto de agencias en derecho la suma de \$200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tener de los consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **038-2019-00797-01**

Demandante: ANA MARÍA GONZÁLEZ VILLEGAS

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION SA.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

Ana María González Villegas llamó a juicio a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA (en adelante Protección SA), a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones, a Colpatria Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías SA (hoy Porvenir SA) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declarara la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD al de ahorro individual con solidaridad –

RAIS administrado por Protección SA el 19 de octubre de 1995, así como también la efectuada el 01 de marzo de 1998 con la AFP Colpatria (hoy Porvenir SA), en consecuencia, la inoperancia de sus efectos y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Del mismo modo, se condenara a Protección SA y Porvenir SA, a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS, se profieran las condenas *extra* y *ultra petita* pertinentes y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, en que: nació el día 17 de abril de 1962; en febrero de 1991 se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones y comenzó a efectuar cotizaciones con el Instituto de Seguro Social. En el año 1995, los asesores comerciales de la AFP Protección SA le ofrecieron el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin el cumplimiento de las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, pues omitieron darle información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional.

En idénticos términos afirmó que, el 19 de octubre de 1995, se trasladó de régimen pensional con destino a la AFP Protección SA. Posteriormente, con la visita del asesor de la AFP Colpatria (hoy AFP Porvenir), cambió su afiliación y firmó el formulario con esta AFP el 01 de marzo de 1998. Argumentó que, para agotar la reclamación administrativa, radicó petición ante Colpensiones el 27 de agosto de 2019, en la cual solicitó el cambio de régimen pensional, a lo cual, Colpensiones el 29 de agosto de 2019 contestó que no era posible acceder a la solicitud incoada. (Exp. Digital: «01CuadernoFisico.pdf» Fls. 01 08).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó parcialmente el relativo a la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, sin que le constaran los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que, no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha del traslado. Encontró que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, dado que la rentabilidad de la que se beneficia la demandante surge del cumplimiento de un deber legal que le asiste a la administradora, quien ha cumplido con sus gestiones de manera oportuna y eficiente; en el evento de devolverse, se estaría en el escenario de un enriquecimiento sin causa por parte de la accionante. De igual forma, consideró que no hay lugar a la devolución de cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, en tanto los riesgos se cubrieron en debida forma durante la vigencia de la relación, al punto de que en la actualidad la demandante goza de una pensión de vejez.

Formuló como excepciones de fondo las de «Prescripción» *«Prescripción de la acción de nulidad»*, *«cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»* y *«Buena fe»*, (Exp. Digital: «01CuadernoFisico» Fls. 33 a 50).

A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, solicitó negar los requerimientos de la demandante, respecto de los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al Sistema General de Pensiones en febrero de 1991 y la reclamación administrativa realizada, con su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora, por lo cual, no estimó procedente la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional, más aún cuando fue realizado con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de solicitud de afiliación a Protección S.A en el año 1995, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y Sentencia C-789 de 2002

En ese orden, precisó que la demandante, solicitó nulidad de traslado de régimen pensional a Colpensiones encontrándose afiliada al RAIS, tiempo para el cual se encontraba a menos de 10 años para acreditar la edad para

acceder a la pensión de vejez, encontrándose dentro de la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente.

En ese sentido, también explicó que la accionante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse con una norma anterior a la Ley 100 de 1993, dado que, al 1 de abril de 1994, no contaba con la edad 35 años y/o 15 años de servicios cotizados al Sistema General de Pensiones. Finalmente, agregó que la actora en calidad de afiliada también tenía deberes, como lo es, el de informarse respecto del contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria, y habiendo permanecido más de 15 años afiliada al régimen de ahorro individual no manifestó inconformidad alguna, excusándose en el desconocimiento de la ley.

Presentó las excepciones de mérito de *«Inexistencia del derecho y de la obligación»*, *«Excepción error de derecho no vicia el consentimiento»*, *«Buena fe»*, *«Prescripción»*, *«Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas»* e *«Innominada o genérica»*, Exp. Digital: «04ContestacionNulidadDeTraslado»).

Finalmente, Protección SA rechazó las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la edad y la vinculación a la AFP Protección el 19 de octubre de 1995. sin que le constara los demás supuestos.

Expuso como argumentos de defensa que: el acto de afiliación es válido, exento de vicios del consentimiento, solemnizándose de esta forma la afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.

En esos términos, argumentó que, no es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga nula o ineficaz la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993.

Por último, explicó que, la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10

años de cumplir la edad límite de pensión por lo que no puede regresar a dicho régimen

Formuló como excepciones de fondo las de «*Inexistencia de la Obligación y falta para pedir*» «*Buena fe*», «*Prescripción*», «*Aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones*», «*Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*», «*Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*», «*innominada o genérica*» y «*Traslado de aportes*» (Exp. Digital: «2019-797 ANA MARIA GONZALEZ»).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por **ANA MARÍA GONZÁLEZ VILLEGAS**. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de cada una de las accionadas.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el **SUPERIOR** [...].

Indicó que conforme lo previsto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las personas que cumplan con los requisitos para ser afiliados al RAIS no podrán ser rechazadas por los fondos privados, pues podrían incurrir en

una conducta de selección adversa, por lo cual la AFP tenía la obligación de admitir la afiliación de la demandante.

Precisó que en los términos anotados por la actora, su proceso de afiliación no se dio a instancia de la administradora, sino en trámite con el empleador, para lo cual, reseñó que analizada la existencia de un vicio en el consentimiento, no halló constreñimiento alguno para efectuar el traslado, máxime cuando la afiliada con ocasión de su cambio de cargo e incremento de su nivel de ingreso puso hacer una valoración acerca del régimen más conveniente, por lo que indicó, el derecho de libre elección no se vio afectado, sin embargo, aclaró que, sin desconocer la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, debía probarse que no hubo un consentimiento informado y que esa circunstancia se originó en un error, fuerza o dolo, sin que en el sub lite lo encontrara acreditado.

Razonó que los actos de relacionamiento de la accionante no evidencian inconformidad alguna con el régimen al cual se encontraba afiliada, lo que ratificó su voluntad de pertenecer al mismo por medio de su afiliación tácita, y de acceder a las súplicas del libelo demandatorio se estaría frente a una decisión inconstitucional por parte del operador judicial, cercenando principalmente el principio de igualdad frente a los demás afiliados del régimen de prima media, así como la estabilidad financiera del RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló la decisión, para que se revocara en su totalidad y se acceda a sus pretensiones, con fundamento en que: el traslado de Régimen se produjo bajo engaños por parte de los asesores de las AFP's, prometiéndole beneficios superiores al momento que se le reconociera su derecho pensional respecto del que le daría el Instituto de Seguros Sociales, agregó que el juez de primer grado debió analizar las leyes vigentes para el momento del traslado.

De otro lado, indicó que la jurisprudencia ha manifestado que el deber de información debe ejercerse al afiliado, para que comprenda el acto jurídico que está realizando, pues la ausencia de este requisito puede viciar la misma afiliación. Aunado a ello, no se encontró verificada la existencia del

deber de información por parte de la AFP. Finalmente, la afiliación que se dio a Colpatria Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías SA (hoy Porvenir SA) de manera horizontal fue por el ofrecimiento de beneficios, de lo que no se puede inferir actos de relacionamiento, y mucho menos, hallar probadas las etapas del derecho de información asentadas por la SL CSJ, pues el formulario de afiliación evidencia un consentimiento sin vicios, pero no informado.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, las demandadas presentaron alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar acceda a sus pretensiones.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por ANA MARÍA GONZÁLEZ VILLEGAS del RPMPD al RAIS administrado por Protección SA y a la AFP Colpatria (hoy Porvenir SA) y como consecuencia, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

VI. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) la demandante nació el 17 de abril de 1962; ii) el 21 de febrero de 1991 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y iii) el 14 de octubre de del año 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección S.A. (Exp. Digital: «01CuadernoFisico.pdf» Fl. 10 a 13).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le

falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Bajo ese entendido, se tiene que la demandante alcanzó la edad de 57 años el 17 de abril de 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a Colpensiones el 27 de agosto de 2019 (fl. 20 *ibid.*), cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 16.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Fl. 11 y 12 *ibid.*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de

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

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado de la llamante a juicio las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Protección SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Protección SA, realizado el 14 de octubre de 1995, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora González Villegas, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se itera, 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 la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Contrario *sensu*, a lo estimado en la sentencia de primera instancia, no se lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por lo demás, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, o que hubiera permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

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

Aunado a ello, debe acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela CSJ STP15228-2021, dejó sin

efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio del mismo año, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», 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 2° de la Ley 1781 de 2016.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para revocar la decisión proferida el 29 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

En tal medida, habrá de elevarse condena en contra de las accionadas Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA y Colpatria Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías SA (hoy Porvenir SA), a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).

De otro lado, ante un nuevo estudio y la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Protección SA y Colpatria SA (hoy Porvenir SA) a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester recordar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

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.
[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas

al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Corolario de lo expuesto y no habiendo más puntos de apelación que someter a estudio, se revocará la sentencia de primera instancia. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por Ana María González Villegas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA el 14 de octubre de 1995, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, Ana María González Villegas, nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Ana María González Villegas, por concepto de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a Colpatria Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías SA, hoy Porvenir SA, a que retorne a Colpensiones el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de Ana María González Villegas al régimen de prima media con prestación

definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial y que reciba los recursos trasladados por parte de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA y Colpatria Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías SA, hoy Porvenir SA.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva.

SEXTO: OCTAVO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

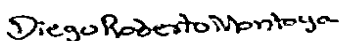
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 002-2019-00319-01

Demandante: MARIA JUANITA BAYONA FLOREZ

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES PORVENIR SA.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas Porvenir SA y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de marzo de 2022. De igual manera, se revisará la aludida providencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

María Juanita Bayona Flórez llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (en adelante Colpensiones) para que se declarara la nulidad de la solicitud de vinculación

a Porvenir SA, que generó su cambio de régimen pensional y que pertenece al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD, sin solución de continuidad desde junio de 1999 a la fecha de presentación de la demanda.

Del mismo modo, se condenara a Porvenir SA, a devolver a Colpensiones los aportes realizados al RAIS y se profieran las condenas *extra* y *ultra petita* pertinentes y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, en que nació el 08 de octubre de 1962; laboró para el empleador Fundación Abood Shai del 08 de julio de 1986 al 30 de junio de 1999, y para el ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot –Liquidado en el cargo de Bacterióloga SOB, del 01 de marzo de 1985 al 28 de febrero de 1986, cotizando para el Instituto de Seguros Sociales –ISS.

Señaló que, en mayo de 1999, se afilió a Porvenir SA, a efectos de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin que previamente le informaran las implicaciones de dicho traslado. Explicó que el día 17 de enero de 2019, solicitó a Porvenir SA, que se realizara la inclusión de los tiempos públicos en la historia laboral, comprendidos entre el 1° de marzo de 1985 y el 28 de febrero de 1986, en consecuencia, el día 30 de enero de 2019, pidió ante a Porvenir SA, se procediera a anular la afiliación y se procediera a su registro en el sistema de información de los fondos privados, de lo que recibió como respuesta la improcedencia de su requerimiento. En idénticos términos el día 28 de enero de 2019 radicó ante Colpensiones la solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPMPD, manifestando que había existido vicio en su consentimiento al momento de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a lo cual obtuvo respuesta negativa por parte de la entidad. Adujo que, dicha AFP violó el deber de información y los principios de buena fe y transparencia, ya que nunca le dio a conocer las características tanto del RPMPD como del RAIS sino por el contrario le proporcionó información engañosa, al no darle a conocer el monto del capital mínimo para acceder a la pensión a cargo del fondo privado, en tanto la edad para pensionarse era dos años mayor que en el régimen de prima media, lo que le generó un evidente perjuicio. Además, se le indicó que le resultaba más beneficioso trasladarse al Régimen de Ahorro

Individual por cuanto podía pensionarse cuando lo deseara, sin informarle, por demás, que tal afiliación implicaba la renuncia a la transición pensional contempla en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente explicó que el día 16 de marzo de 2020, elevó petición de traslado de aportes y afiliación ante Colpensiones y Porvenir SA, quienes a la fecha de la presentación de la demanda no le dieron respuesta. (Exp. Digital: «01. Expediente 2019-319» Fls. 04 a 32).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos al nacimiento, el tiempo y las semanas cotizadas al ISS de la accionante, así como su vinculación al RAIS y la reclamación administrativa con su respectiva a respuesta, sin que le constaran los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que al verificar el expediente administrativo de la demandante y las pruebas aportadas al plenario, no se encuentran acreditados los requisitos que señala la Sentencia SU-130 de 2013, no contando con 15 años de cotizaciones para el 01 de abril de 1.994, por lo que resulta improcedente su traslado, encontrándose válidamente afiliada al RAIS, por la firma del formulario de afiliación con la AFP Porvenir SA de manera libre, consciente y voluntaria, y permaneciendo en este Régimen durante más de 20 años.

Presentó las excepciones de mérito de *«Falta de legitimación en la causa por pasiva», «Inobservancia del principio desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005», «Falta de causa para demandar», «Error de derecho no vicia en consentimiento», «Buena fe», «Prescripción», «Prescripción de la acción», «Enriquecimiento de sin justa causa» e «Innominada o genérica»*. (Exp. Digital: «002 2019 00319 01.pdf» Fls. 133 a 145).

A su turno, Porvenir SA solicitó negar los requerimientos de la demandante e indicó que aquella tomó la decisión de cambio de régimen de manera libre e informada. Respecto de los hechos dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que la afiliación fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, conforme al contenido del formulario de afiliación que suscribió la parte demandante el cual, fue diligenciado conforme lo establece el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Manifestó que la parte actora no probó causal alguna de que la afiliación a la administradora privada Porvenir SA es nula, teniendo en cuenta que cumple con los presupuestos legales para su existencia, por lo cual, estima que no procede la declaratoria de nulidad y por tanto no puede haber regreso automático al RPMPD

De otra parte, expresó que con observancia en la historia laboral de la accionante, al verificar sus tiempos cotizados al ISS, observó que tiene un tiempo acumulado de 250 semanas a partir de 1988, de las cuales se tiene que contaba con 24 semanas aproximadamente para el 1° de abril de 1994, por lo que señaló que, no tenía 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, no puede retornar al RPMPD por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia.

Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación*», «*compensación*» y «*excepción genérica*» (Exp. Digital: «01. Expediente 2019-319.PDF», Fls. 192 a 219).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día cuatro (04) de marzo de dos mil dos (2022), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora MARÍA JUANITA BAYONA FLÓREZ, [...], al régimen de ahorro individual, realizado 24 de mayo de 1999, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, la señora MARÍA JUANITA BAYONA FLÓREZ, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de la demandante de fecha 4 de marzo de 1985, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante MARÍA JUANITA BAYONA FLÓREZ, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente. en costas a la parte demandada, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. [...].

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, con base en la evolución de la normativa laboral, se han definido tres etapas para establecer el deber de información que está a cargo de las AFP, inicialmente, el deber de información que va desde 1993 a 2009, posteriormente el deber de información y buen consejo de 2009 a 2014 y finalmente el deber de información, buen consejo y doble asesoría a partir del 2014 en adelante, lo cual es analizado en la jurisprudencia laboral, explicó que allí se dejó consignado el alcance y contenido mínimo de dicho deber.

Anotó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SCL SL-3034 de 2021 ha precisado que en el campo de la Seguridad Social existe un ineludible deber de tener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de la afiliación al

régimen, es decir, que ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, agregó que la Alta Corporación, ha reiterado que, procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado al RAIS, cuando los fondos incumplen con el deber de información que debe incluir los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, las proyecciones de las prestaciones y el capital necesario para obtenerlas en cada uno de ellas sin que fuera valido alegar la firma del formulario del afiliado como prueba de este, aclaró que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, el fondo privado debe devolver aportes a pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y demás emolumentos al ISS, hoy Colpensiones, debiendo asumir los efectos negativos que tiene el afiliado.

Advirtió que, una vez revisadas las pruebas allegadas al plenario no se pudo establecer que se hubiere brindado información suficiente a la demandante el 24 de mayo de 1999, momento en el cual se realizó su traslado, por lo que concluyó que la AFP Porvenir SA, omitió en el momento del traslado de régimen el deber de información, pues no comunicó las condiciones que debía cumplir para dicha expectativa y las consecuencias derivadas del cambio de régimen, lo que conlleva a declarar la ineficacia del traslado realizado con las respectivas consecuencias.

III. **RECURSO DE APELACIÓN**

Porvenir SA apeló la decisión, para que se revocara en su totalidad y se acceda a sus pretensiones, con fundamento en que: no se puede aplicar de forma indiscriminada el precedente de la Corte Suprema de Justicia, pues respecto de la carga de probar por parte de las AFP's, se imponen obligaciones que legalmente no eran exigibles para el momento de traslado de la demandante, ya que para ese momento el único documento exigido por la Superintendencia Financiera era el formulario de afiliación a la AFP, documento que no fue desconocido por la demandante y que surgió a la vida jurídica de forma valida y efectiva; indicó que a través de los actos de relacionamiento durante el transcurso de su vinculación con el RAIS, se constató su deseo de seguir vinculada con el Régimen sin manifestar inconformidad alguna durante el tiempo que estuvo vinculada.

Subsidiariamente solicitó se absuelva a la entidad a devolver lo descontado por concepto de comisiones de administración al ser un concepto autorizado como consecuencia de la buena administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante

A su turno, Colpensiones interpuso recurso de apelación, para que se revocara en su totalidad el fallo proferido y se acceda a sus pretensiones, con fundamento en que: se hizo una indebida valoración probatoria, pues si bien no existió confesión, consideró que existen indicios para determinar que se generó una asesoría precontractual a la hora de firmar el formulario de afiliación, que generó efectos jurídicos y el cual no fue tachado de falso, tales como el interrogatorio de parte y los actos de relacionamiento que permitieron inferir la voluntad de la accionante de permanecer en el RAIS, Por último, alegó que el fallo apelado obligaría a las AFP's a probar algo imposible luego de más de 20 años.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, las partes presentaron alegaciones, las accionadas Colpensiones y Porvenir SA en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y los recursos de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. La parte actora solicitó que se confirme la decisión.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por María Juanita Bayona Flórez del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser negativa dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

VI. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que

la demandante nació el 08 de noviembre de 1962; ii) el 04 de marzo de 1985 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 24 de mayo del año 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir SA (Exp. Digital: «01. Expediente 2019-319.PDF», Fls. 34 a 38 y 74).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789- 2002.

Bajo ese entendido, se tiene que la accionante alcanzó la edad de 57 años el 08 de octubre de 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones y Porvenir SA el 29 y 30 de enero de 2019 (Fls. 76 a 81, *ib.*) cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 6.29 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «01. Expediente 2019-319.PDF», Fls. 146 a 152), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a

salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en

adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado del llamante a juicio la administradora de fondos de pensiones tenía la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir SA, realizado el 24 de mayo de 1.999, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora Flórez Bayona, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se reitera, 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 la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Ahora, frente al argumento de Porvenir S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, 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 la devolución de 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 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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 ésta 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.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que la parte actora que hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 04 de marzo de 2022 por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, la cual será modificada inicialmente en el sentido de precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado.

De otro lado y ante un nuevo estudio, así como la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester recordar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las

restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

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.

[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación

definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

En consecuencia, se adicionará el segundo ordinal, para ordenar a Porvenir SA que retorne a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,

durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Además, se dispondrá que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021, CSJ SL3719-2021 y CSJ SL1284-2022). Se confirmará en lo demás, así se decidirá.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir SA en la suma de un SMLMV.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A. que retorne a COLPENSIONES los aportes que tenga la actora en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a esa administradora.

DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

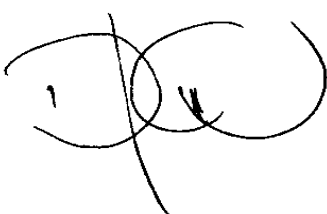
CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones Y Porvenir SA en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

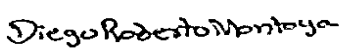
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **004-2019-00750-01**

Demandante: NOHORA EUGENIA SIERRA ORTIZ

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR SA y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS SA.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas Colfondos SA, Porvenir SA y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

Nohora Eugenia Sierra Ortiz llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA), a Colfondos Pensiones y Cesantías SA y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declarara la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD al de ahorro individual con solidaridad –RAIS,

en consecuencia, la inoperancia de sus efectos y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Del mismo modo, se condenara a Porvenir SA, a trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, se profieran las condenas *extra* y *ultra petita* pertinentes y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, en que: antes de que surgieran los fondos privados, estaba afiliada a CAJANAL; tras la irrupción de los fondos privados, la abordó un promotor de Colfondos para adelantar una campaña de mercadeo de afiliaciones, quien le expuso verbalmente la política de promoción de Colfondos y sin indicarle características precisas de los Regímenes pensionales, mucho menos, exponerle las respectivas cláusulas del contrato, la indujo a suscribir la solicitud de afiliación; atraída por las supuestas ventajas comparativas permaneció en el RAIS, e incluso se trasladó de Colfondos SA a Porvenir SA.

Argumentó que el 09 de marzo de 1998, firmó la solicitud de afiliación para trasladarse de Colfondos SA a Colpatria SA, entidad que luego se fusionó con Horizonte SA, para posteriormente conformar Porvenir SA, donde a la fecha de presentación de la demanda es cotizante; resaltó que, todos los traslados antes mencionados se caracterizaron por la falta del consentimiento informado, desde la afiliación primigenia a Colfondos SA.

En los mismos términos, afirmó que realizó reclamación administrativa a Colpensiones y de ello obtuvo respuesta negativa. (Exp. Digital: «01ProcesoFísicoEscaneado Fls. 02 a 11»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colfondos SA se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos de la demanda, aceptó únicamente el relativo al traslado de la AFP Colfondos SA a la AFP Porvenir SA, sin que le constaran los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que no es posible declarar que Nohora Sierra Ortiz, se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones, consideró que Colfondos SA, al momento de la afiliación le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen e incluso entre administradoras de pensiones, siendo asesorada acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre Regímenes Pensionales, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Además, manifestó que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP Colfondos SA fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento; el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual se suscribió de manera libre y con consentimiento expreso, ratificando los actos propios de la demandante, lo que le permitió trasladarse de régimen pensional y entre administradoras de pensiones por alrededor de 20 años. Por último, precisó que dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden no manifestó inconformidad alguna de volver al Régimen de Prima Media.

Formuló como excepciones de fondo las de *«Inexistencia de la obligación»*, *«Falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«Buena fe»*, *«Innominada o genérica»*, *«Ausencia de vicios del consentimiento»*, *«Validez de la afiliación al Régimen de ahorro individual con solidaridad»*, *«Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA»*, *«Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado»* y *«compensación y pago»* (Exp. Digital: «06ContestaciónColfondos» Fls. 02 a 15).

A su turno, Porvenir SA pidió negar los requerimientos de la demandante, en cuanto a los hechos aceptó los referentes al traslado horizontal de la actora de Colfondos SA a Porvenir SA con los respectivos aportes, su afiliación de esta última a Colpatria SA (hoy Porvenir SA) el 09 de marzo de 1998, así como también los referentes a la comunicación por parte de Colpatria SA (hoy Porvenir SA) acerca de la aprobación de traslado

solicitada y la información proporcionada por el promotor de Porvenir SA referente al retiro programado. Respecto de los demás hechos dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que la demandante no acredita la existencia de un vicio del consentimiento, pues no acredita existencia de error, fuerza o dolo en la afiliación, más aún, cuando ha efectuado múltiples traslados horizontales entre administradoras de fondos de pensiones.

Presentó las excepciones de fondo de *«Prescripción»*, *«Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»*, y *«Buena fe»*. Exp. Digital: «01ProcesoFísicoEscaneado.pdf» Fls. 110 a 133).

Finalmente, Colpensiones rechazó las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la afiliación a CAJANAL, el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora de la AFP Colfondos SA a la AFP Porvenir SA, el posterior traslado de la actora de Colfondos SA a Colpatria (hoy Porvenir SA) y lo respectivo a la reclamación administrativa junto con la respuesta proporcionada de Colpensiones a la accionante, sin que le constara los demás supuestos.

Expuso como argumentos de defensa que: la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse; por demás, manifestó que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, y, de tenerla como afiliada al RPM contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención con el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones.

Formuló como excepciones de mérito las de *«Falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«Improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen»*, *«Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005,*

que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), «Inexistencia de la obligación de afiliación», «Excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «Buena fe», «Prescripción», «Presunción de legalidad de los actos jurídicos» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: «01ProcesoFísicoEscaneado.pdf» Fls. 172 a 188).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticuatro (24) de enero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de Nohora Eugenia Sierra Ortiz a la Administradora De Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos SA, realizada en el año 1995, así como la surtida ante Colpatria, hoy Porvenir SA suscrita en 1998 por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES a que una vez se efectuó el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: Condenaren costas a las demandas Colfondos y Porvenir S.A. Fíjense las agencias en derecho por la suma un cuarto de salario mínimo a cargo de Colfondos y de medio salario mínimo legal mensual vigentes cargos cargo de Porvenir.

SEPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en consecuencia, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral [...].

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la expresión libre y voluntaria de que trata el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone la existencia de un conocimiento que sólo se alcanza cuando los afiliados entienden las consecuencias que el traslado puede tener sobre sus derechos prestacionales, por lo que las aseguradoras deben acreditar que suministraron al afiliado una información completa y comprensible, sobre las condiciones de su traslado, so pena de declarar su ineficacia.

Precisó que, la información debe ser brindada al momento del traslado y no con posterioridad, porque se tornaría inoportuna. Encontró que en el evento que el afiliado manifieste que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba se invierte en favor de aquel, por corresponder a un supuesto negativo que no puede ser demostrado por quien lo invoca, en esa medida, señaló que en el presente caso la AFP Colfondos SA no le brindó la información completa a la demandante al momento de la afiliación, puesto que el formulario de afiliación sólo contiene la fecha de diligenciamiento y los datos personales y laborales de la actora, sin que se deduzca ni en el primigenio, ni en los demás traslados horizontales, el cumplimiento de dicho deber por parte de las AFP, reiterando que la prueba de la información dada debe ser documental, pues allí es donde se puede confrontar la información suministrada al afiliado.

Así las cosas, encontró viable declarar la ineficacia de la afiliación y, por ende, el traslado de todos los valores con motivo de la afiliación de la demandante incluidos los frutos, intereses y rendimientos. Adujo que procede el traslado de los aportes, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones de seguros, pues de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el afiliado de buena fe no está en el deber de restituir los rendimientos generados por sus aportes bajo la AFP accionada, mientras que Colfondos SA y Porvenir SA deben retornar los gastos de

administración y comisiones de seguros debidamente indexados a Colpensiones. Con respecto a la excepción de prescripción, aclaró que la acción de ineficacia del traslado no está sujeta al fenómeno de la prescripción por estar ligada al derecho pensional de la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Colfondos SA apeló la decisión parcialmente, a fin de que se revocara lo decidido respecto de la devolución de los gastos de administración y la condena en costas, con fundamento en que: debe aplicarse el principio de igualdad, pues la entidad cumplió a cabalidad con su deber legal de administrar los aportes de la demandante por el lapso de tiempo que permaneció en Colfondos SA, lo que incrementó el capital de su cuenta de ahorro, para luego trasladar estos dineros a Colpatria SA hoy Porvenir SA, por lo que la decisión judicial desconoció el trabajo realizado por la entidad durante el tiempo en que la accionante perteneció al fondo; de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, estimó que no pueden ser devueltos al no ser parte integrante para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Subsidiariamente, solicitó tener en cuenta que no se pueden devolver dichos conceptos indexados al no ser punto de debate dentro del proceso, pues se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y la parte actora. Por último, requirió se aplique la prescripción sobre estos emolumentos al no ser parte del reconocimiento pensional.

Por su parte, el apoderado judicial de Porvenir SA apeló la decisión, para que se revocara en su totalidad y se acceda a sus pretensiones, con fundamento en que: el *a quo* realizó una errónea interpretación del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en lo atinente al momento de brindar la información al afiliado de manera oportuna, pues la Alta Corporación ha sostenido que los errores en la asesoría que en principio no se dieron, se pueden subsanar con el lapso del tiempo; argumentó que el despacho obvió lo estipulado en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que no existe una tarifa legal al momento de acreditar los hechos en el proceso, refiriéndose al deber de información, el cual considera viable a través de la confesión y no meramente documental como lo expuso el juez. Finalmente agregó que, en cuanto a la

devolución de los saldos, estos desconocen la consolidación de la cuenta de ahorro individual de la demandante y deja sin efecto las normas acerca de los seguros que legítimamente se descuentan por parte de los fondos, generando en el traslado de estos saldos a Colpensiones un enriquecimiento sin justa causa a esta última.

Finalmente, la apoderada judicial de Colpensiones apeló la decisión, para que se revocara en su totalidad y se acceda a sus pretensiones, con fundamento en que: el operador judicial desconoció la jurisprudencia frente a la procedencia de inversión de la carga de la prueba, al desvalorar el interrogatorio de parte realizado a la demandante, afirmando que este no puede ser una confesión y basándose simplemente en las pruebas documentales, cuando se logró demostrar que la accionante conocía ciertos aspectos de los Regímenes

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, las demandadas Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegatos de conclusión, solicitando se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar acceda a sus pretensiones. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Nohora Eugenia Sierra Ortiz del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos SA y Colpatria SA hoy Porvenir SA, y como consecuencia, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

VI. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) la

demandante nació el 07 de noviembre de 1960; ii) el 23 de agosto de 1989 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y iii) el 01 de julio de del año 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos SA (Exp. Digital: «01ProcesoFísicoEscaneado», Fls. 197 a 198 y 137).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Bajo ese entendido, se tiene que la demandante alcanzó la edad de 57 años el 07 de noviembre del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a Colpensiones, el 26 de julio de 2019 (Exp. Digital: «01ProcesoFísicoEscaneado», Fl. 13), cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 75.00 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «01ProcesoFísicoEscaneado», Fls. 197 y 198), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado de la llamante a juicio las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que

«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Colfondos SA.

En ese orden, en cuanto a la confesión, se tiene que, ésta solo se genera cuando sus dichos le producen consecuencias adversas o favorecen a la contraparte, bajo los requerimientos del artículo 191 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa del 145 del Estatuto Procesal Laboral. Entorno a ello, es preciso señalar que, si bien las encartadas adujeron que la demandante manifestó en el interrogatorio de parte, que recibió cierto tipo de información por parte de los asesores de los fondos de manera grupal, también fue espontánea en indicar que esta se ciñó a los beneficios del RAIS, es decir, que obtendría altos

rendimientos, que se podía pensionar por vejez de manera anticipada y que tendría la posibilidad heredar los dineros ahorrados, no conteniendo esta probanza datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de proporcionarle a la afiliada las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o en el privado de pensiones para el momento del traslado junto con sus condiciones particulares; por demás, la información que se le aportó se cimentó sobre el propio régimen privado y sus cualidades, lo que en efecto, produce un sesgo en la afiliada por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional público alterno.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1631-2022 Rad. 26027 del 10 de mayo del 2022 sostuvo:

[...] Se debe recordar que a través de este medio de prueba se busca producir la confesión de la parte que absuelve el interrogatorio, por tanto, la confesión es aquella manifestación que versa sobre hechos que le producen consecuencias adversas, y por ende, no puede probar aquellos supuestos que le favorezcan, tal como esta corporación recientemente lo consideró en CSJ SL3818-2020:

Es importante recordar, que la confesión es aquella manifestación que versa sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria y que debe cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 191 del CGP (195 del CPC), es decir: i) que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; ii) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; iii) que recaiga sobre hechos, respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; iv) que sea expresa, consciente y libre y, v) que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento.

Ahora bien, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Colfondos SA, que si bien, no evidencia la fecha de afiliación, la misma fue aceptada por parte de la AFP en escrito de contestación y ello se corrobora con lo referenciado en el Registro Único de Afiliados –RUAF, donde se señala como fecha de afiliación el 27 de enero de 1995, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo

muestra el consentimiento de la señora Sierra Ortiz, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se reitera, 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 la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Adicionalmente, no se lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por lo demás, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, o que hubiera permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

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

Aunado a ello, debe acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela CSJ STP15228-2021, dejó sin efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio del mismo año, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», 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 2° de la Ley 1781 de 2016.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 24 de enero de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

En tal medida, habrá de elevarse condena en contra de las accionadas Colfondos SA y Colpatria hoy Porvenir SA, a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).

De otro lado, ante un nuevo estudio y la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Colfondos SA y Colpatria hoy Porvenir SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester recordar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

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.

[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos

del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colfondos SA, Porvenir SA y Colpensiones en la suma de un SMLMV.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a Colfondos SA, a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Nohora Eugenia Sierra Ortiz, por concepto de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a que retorne a Colpensiones el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos

deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de Nohora Eugenia Sierra Ortiz al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial y que reciba los recursos trasladados por parte de la Administradora de Colfondos SA y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colfondos SA, Porvenir SA y Colpensiones en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **009-2019-00331-01**

Demandante: LUCILA SÁNCHEZ DE DURÁN

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS SA y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESNTIAS
PORVENIR SA.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

Lucila Sánchez De Durán llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA), a Colfondos Pensiones y Cesantías SA y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declarara la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD al de

ahorro individual con solidaridad –RAIS administrado por Porvenir SA, y por consiguiente, el realizado posteriormente a Colfondos SA, en consecuencia, la inoperancia de sus efectos y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Del mismo modo, se condenara a Porvenir SA, a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS, así como a esta última a activar su afiliación, se profieran las condenas *extra* y *ultra petita* pertinentes y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, en que: nació el 20 de febrero de 1962, efectuó cotizaciones al RPMPD, entonces Instituto De Seguros Sociales –ISS, hoy Colpensiones desde el 23 de marzo de 1988 hasta el 5 de julio de 1988 y entre el 1° de junio de 1994 hasta el 31 de julio de 1997 en su condición de servidora pública de la Fiscalía General de la Nación a CAJANAL.

Manifestó que se trasladó al RAIS mediante Porvenir SA el 1° de agosto de 1.997, como producto de la información promulgada por los asesores comerciales de dicho fondo; a partir del primero 1° de enero de 2003 se vinculó al fondo Colfondos S.A. Pensiones Y Cesantías. Adujo que para una persona que de los últimos 10 años a la fecha ha tenido cotizaciones en promedio mayores a 10 salarios mínimos, como es su caso, resulta desproporcionado enfrentarse a una eventual pensión en la cuantía proyectada por Colfondos SA.

En idénticos términos afirmó que, Porvenir SA y Colfondos SA no le suministraron, información suficiente, amplia y oportuna sobre las características y consecuencias de su afiliación al momento de traslado, ni durante la afiliación, lo que produjo engaño y la llevó a su la afiliación a dichos fondo de pensiones a través de los respectivos formularios de afiliación. (Exp. Digital: «A1 folio 1 314 expediente digital.pdf» Fls. 134 a 168).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó parcialmente los relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, sus cotizaciones Instituto de Seguros Sociales del 23 de marzo de 1.988 hasta el 5 de julio 1.988 y a su edad actual, sin que le constaran los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho, como consta en el formulario de afiliación suscrito por la demandante en el RAIS, el cual, para la fecha del traslado era suficiente para demostrar que este se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la accionante, y así como también lo muestra las cotizaciones efectuadas en dicho régimen, razón por la cual estima se encuentra válidamente afiliada al RAIS, e impiden a Colpensiones recibirla de manera automática en el RPM, más aún cuando la petición de la demandante se realiza estando dentro de la prohibición expresa del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones de fondo las de «Cobro de lo no debido» «Prescripción», «Falta de causa para demandar», «Presunción de legalidad de los actos jurídicos», «Buena fe en las actuaciones de Colpensiones», «Inexistencia de la obligación», «Inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005» (Exp. Digital: «A1 folio 1 314 expediente digital.pdf» Fls. 174 a 192).

A su turno, Porvenir SA solicitó negar los requerimientos de la demandante, acepto parcialmente los hechos referentes a la afiliación de la demandante a Porvenir SA del 1° de agosto de 1.997 al 31 de diciembre de 2.002, la edad de la accionante, la naturaleza de Porvenir SA y Colfondos, y los deberes que tienen a su cargo como AFP's. Respecto de los hechos dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que la vinculación de la demandante con Porvenir SA en el año 1997 estuvo precedida de su voluntad, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión,

el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, como consta en la solicitud de vinculación, documento público que emana la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual se presume auténtico, y donde se expresó que la selección del RAIS la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones.

Manifestó, que la accionante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Asimismo, Porvenir SA cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado horizontal, esto es, el 01 de septiembre de 2002, contenido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.

De otro lado, indicó que en caso tal de declarar nulidad del acto jurídico de traslado, esta debe ser relativa, en la medida, que lo que se argumenta es la existencia es un vicio del consentimiento, que en todo caso ya se encuentra ratificado, no solo por el paso del tiempo, sino por el traslado horizontal, pues así lo tiene asentado la Corte Suprema de Justicia como un acto de relacionamiento. Además, la devolución de los rendimientos financieros, y demás gastos, dejaría a la demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el Régimen de Pirma Media, dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Presentó la excepción de mérito de «Prescripción» (Exp. Digital: «A1 folio 1 314 expediente digital.pdf» Fls. 227 a 255).

Finalmente, Colfondos SA rechazó las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la vinculación de la actora a Colfondos SA el 1° de enero 2.003, su actual administradora de fondos de pensiones y la naturaleza de la misma, sin que le constara los demás supuestos.

Expuso como argumentos de defensa que: la vinculación de la demandante al Fondo de Pensiones Colpensiones SA, se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, pues ella, de manera libre y voluntaria, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación

contenidas en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1.993, resolvió afiliarse al RAIS y someterse a todas las características y exigencias del régimen, reiterando que la decisión que fue tomada de manera libre, voluntaria, espontánea; sin que mediara coacción, ni mucho menos existen vicios del consentimiento que afecten el acto, por lo que, no hay lugar al traslado de los conceptos pretendidos, incluidos los gastos de administración.

En ese orden, argumentó que, en el evento hipotético de ser condenada a trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional de la actora, no será posible que se ordene a Colfondos a trasladar concepto diferente a los saldos existentes en dicha cuenta más los rendimientos generados.

Formuló como excepciones de fondo las de *«Inexistencia de la obligación»*, *«Falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«Buena fe»*, *«Innominada o genérica»*, *«Ausencia de vicios del consentimiento»*, *«Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad»*, *«Ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA»*, *«Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado»* y *«Compensación y pago»* (Exp. Digital: «A3 folio 317 al 394 expediente digital » Fls, 58 a 78).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día dos (02) de marzo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Lucila Sánchez de Durán, entre el RPM al RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 29 de junio de 1997.

SEGUNDO. CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Lucila Sánchez de Durán, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante Lucila Sánchez de Durán, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir y Colfondos, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS [...].

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, precisó que el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en el literal b, estableció que la selección de cualquiera de los regímenes será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación de un traslado, a su vez, el artículo 271 ibidem dispuso que si cualquier persona atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral, quedará sin efectos y podrá hacerlo nuevamente por parte del trabajador. Mencionó que en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral el deber de información a cargo de las AFP ha sido exigible desde su creación y que con el paso del tiempo se ha consagrado con mayor nivel de exigencia para lo que ha identificado las etapas comprendidas en su nivel de avance.

Resaltó que las obligaciones de las entidades es suministrar a los usuarios la mayor información de los servicios que prestan y de las operaciones que realizan para poder tener elementos de juicio claros y objetivos para tomar

la mejor decisión al momento de elegir un régimen; que la información necesaria que deben tener, deben hacer referencias a las características, condiciones de los servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que, el afiliado pueda conocer con exactitud de la lógica de los sistemas públicos y privados y poder hacer una comparativa de las ventajas y desventajas de los regímenes así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Igualmente, aclaró que los presupuestos probatorios se aplican sin importar si el afiliado tenía derecho consolidado, expectativa legítima o beneficio transicional y en este caso se estableció con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones que el accionante estuvo afiliada al ISS y realizó cotizaciones al RPMPD con un total de 15 semanas y así mismo evidenció que la actora realizó cotizaciones a CAJANAL, así como también indicó que 29 de junio de 1997 realizó traslado del régimen desde el RPMPD hacia Porvenir S.A, y el 25 de noviembre de 2.002 la demandante realizó una solicitud de traslado a Colfondos SA.

Informó que en la solicitud de vinculación de un traslado inicial, la demandante hizo constar que la selección del régimen RAIS la realizó de forma voluntaria y sin presiones, y que al analizar el asunto, encontró que las mismas no permiten establecer que Porvenir SA al momento del traslado efectuado, le hubiera indicado las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, ya que, para que se dé el cumplimiento del deber de información no basta con la manifestación que quedó dentro del formulario, por lo que estimó que dicha misión de acuerdo con lo expuesto por la jurisprudencia, impidieron que la usuaria contara con los elementos de juicio suficientes para determinar según sus intereses, qué le resultaba mejor. En ese sentido, era procedente acceder a la ineficacia del traslado con los efectos atrás indicados.

Frente a la excepción de prescripción alegada por las demandadas, indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, resulta imprescriptible el derecho a reclamar la ineficacia del traslado de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, con fundamento en que no existen elementos que evidencien vicios de consentimiento o dolo en el presente asunto, al no existir una expectativa legítima para la actora, pues al momento del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, por demás, tampoco fue beneficiaria del Régimen de transición. Solicitó tener en cuenta la Sentencia rad. 2016-087 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de la inconformidad del valor pensional en el RPM a la que ha de recibir en el RAIS, no constituye prueba de que la actora lo haya realizado el traslado de régimen movida por un engaño o por falta de información, más aún, cuando para el año de traslado de la demandante, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado.

A su turno, Porvenir SA apeló la decisión, con la finalidad de que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que: el acto jurídico primigenio de traslado llevado a cabo en el año 1997 con Porvenir SA, cumple con el lleno de los requisitos y normativa legal vigentes para la época de la suscripción, toda vez que, de la documental allegada al plenario se evidencia que la solicitud de traslado de régimen se hizo voluntariamente por parte de la accionante y sin ningún vicio del consentimiento, agregó que, las capacidades intelectuales de la actora le permitían entender el negocio jurídico que estaba celebrando, y no solo por una mera expectativa pensional, el acto jurídico debe ser declarado ineficaz. Respecto de las sumas por conceptos de gastos de administración, explicó que al generarse rendimientos a la cuenta de la actora que la favorecieron, los mismos son de tracto sucesivo no susceptibles de devolución.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, solicitando se revoque el fallo de primera instancia

y en su lugar acceda a sus pretensiones, por su parte, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Colfondos SA guardó silencio.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Lucila Sánchez de Durán del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir SA y Colfondos SA y como consecuencia, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

VI. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) la demandante nació el 20 de febrero de 1962; ii) el 23 de marzo de 1988 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 29 de junio de del año 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. (Exp. Digital: «A1 folio 1 314 expediente digital.pdf» Fls. 68 y 124) y «GRP-SCH-HL-66554443332211_1579-20190821114500»).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Bajo ese entendido, se tiene que la demandante alcanzó la edad de 57 años el 20 de febrero del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a Colpensiones, y atendida el 30 de noviembre de 2010 (fl. 37 *ibid.*), cuando le faltaban menos de 10 años

para alcanzar la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1.994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 15.00 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-66554443332211_1579-20190821114500»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2.002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2.019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los

ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1.993, 10 del Decreto 720 de 1.994 y 25 de la Ley 795 de 2.003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1.993 hasta 2.009, el segundo, desde de 2.009 hasta 2014 y, el último, de ..014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado de la llamante a juicio las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1.993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1.993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (CSJ SL31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, en la medida que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado

siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir SA, realizado el 29 de junio de 1997, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora De Durán Sánchez, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se reitera, 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 la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Adicionalmente, no se lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por lo demás, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, o que hubiera permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

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

Aunado a ello, debe acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela CSJ STP15228-2021, dejó sin efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio del mismo año, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», 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 2° de la Ley 1781 de 2016.

En tal medida, habrá de elevarse condena en contra de las accionadas Porvenir SA y Colfondos SA, a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).

De otro lado, ante un nuevo estudio y la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Porvenir SA y Colfondos Pensiones y Cesantías SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester recordar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

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.

[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de inejecución del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de inejecución del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir S.A. en la suma de un SMLMV.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para ordenar a **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos, a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Lucila Sánchez de Durán, por concepto de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse

con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a Porvenir SA a que retorne a Colpensiones el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, para **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de Lucila Sánchez de Durán al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial y que reciba los recursos trasladados por parte de Colfondos Pensiones y Cesantías SA y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir S.A. en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Proceso Ordinario: 11001310501020160050001

Demandante: MAGALY CECILIA OSORNO GIL, LADY CATALINA MONTOYA ESTRADA y NANCY ERNESTINA BAUTISTA VALENCIA

Demandado: FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, dicta la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado (10) Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

I. ANTECEDENTES

Magaly Cecilia Osorno Gil, Lady Catalina Montoya Estrada y Nancy Ernestina Bautista Valencia presentaron demanda ordinaria laboral en contra de Optimizar Servicios Temporales SAS y el Fondo Nacional del Ahorro, para que se declarara que: entre las demandantes y la primera accionada citada existió una relación laboral que tuvo los siguientes extremos: con Magaly Cecilia Osorno Gil del 09/12/2014 al 30/09/2015, Lady Catalina Montoya Estrada desde el 01/09/2015 hasta el 30/09/2015 y Nancy Ernestina Bautista Valencia entre el 01/12/2014 y el 30/09/2015,

empleadora que no cumplió con el pago correspondiente a las cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones dejadas de percibir en la liquidación correspondiente al periodo comprendido entre el inicio y la terminación del contrato de trabajo de cada una; que no le cancelaron sus liquidaciones; que dicha accionada contrató con el Fondo Nacional del Ahorro mediante convenios de prestación de servicios identificados con los números 275 de 2014 y 147 de 2015, quien en su calidad de beneficiaria de trabajo en misión es responsable del pago de la totalidad de obligaciones prestacionales, vacaciones e indemnizaciones moratorias derivadas de las relaciones laborales.

En consecuencia, las accionantes pidieron se condenara a Optimizar Servicios Temporales SAS a cancelarles las prestaciones enunciadas, la indemnización moratoria, las costas procesales, agencias en derecho y lo ultra y extra petita.

De forma subsidiaria reclamaron se declarara que: su verdadero empleador fue el Fondo Nacional del Ahorro, teniendo en cuenta que Optimizar Servicios Temporales SAS fungió como simple intermediario; el FNA en calidad de verdadero empleador, no cumplió con el pago del valor correspondiente a cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones, así como la indemnización moratoria y la indexación de las condenas.

Como fundamento de sus pretensiones, indicaron que el FNA y Optimizar Servicios Temporales SAS suscribieron los contratos de prestación de servicios No. 275 de 2014 y 147 de 2015, los cuales tenían por objeto contratar la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, para el suministro de personal en misión que permitiera cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA, por lo que suscribieron contratos de obra o labor contratada y fueron enviadas por parte de Optimizar Servicios Temporales como trabajadoras en misión al FNA.

Aseguraron que Lady Catalina Montoya Estrada fue contratada para el cargo de Comercial IV con un salario de cuatro millones de pesos (\$4.000.000), donde sus funciones correspondían al giro normal de los negocios del FNA, como es *“la expansión del Fondo Nacional del Ahorro”*; Magaly Cecilia Osorno Gil contratada para el mismo empleo con un salario de un millón trescientos

mil pesos (\$1.300.000), donde desarrolló las labores de atender llamadas telefónicas, visitar empresas asignadas por el FNA, buscar clientes potenciales, presentar informes y participar en las ferias y eventos organizados por el FNA; y Nancy Ernestina Bautista Valencia en el empleo de Comercial III con una asignación mensual de un millón setecientos cincuenta mil pesos (\$1.750.000), desempeñando las funciones de servicio de atención al cliente, dar información de todos los productos que ofrece el FNA como asesoría sobre créditos de vivienda y educación, afiliaciones de AVC y cesantías, traslados, retiros de cesantías y ahorro voluntario, radicando créditos por CS y AVC información de cartera y recibir la correspondencia.

Informaron que las funciones desempeñadas corresponden al giro normal de los negocios del FNA y que los servicios prestados no eran de carácter temporal, pues los cargos desempeñados existen dentro de la planta de personal del FNA.

Agregaron que la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. no le cancelaron las cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones por el periodo laborado y que sin justificación alguna dejó de cumplir con sus obligaciones al momento de la terminación del contrato, quien se sometió al proceso de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades, el cual cursa bajo el radicado N° 66156 y que el informe de interventoría de los contratos 147 de 2015 y 275 de 2014 concluyó que la empresa se encuentra en inminente riesgo de incumplimiento de sus obligaciones contractuales y que a la fecha las demandadas se han sustraído de sus obligaciones de pago de sus obligaciones al momento de la terminación del contrato (fls. 73-118).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El Fondo Nacional del Ahorro, se opuso a todas las pretensiones en su contra y, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el contrato de prestación de servicios suscrito con Optimizar Servicios Temporales y la modalidad de los contratos mediante los cuales fueron vinculadas las demandantes, esto es, por obra o labor y enviadas en misión al FNA; no le constan los hechos relativos a que las labores no eran temporales y que las

mismas no podían definirse en el tiempo. Por otro lado, negó que las ex trabajadoras fueran de planta pues sostuvo que no existió ningún vínculo entre el FNA y las mismas, así como haberlas despedido.

Propuso como excepciones de mérito las de «*carencia de causa y de objeto*», «*inexistencia de la relación laboral*», «*buena fe*», «*ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad*» y «*genérica*» (fls. 133-228).

A su turno, Optimizar Servicios Temporales SAS, se resistió a las pretensiones y frente a los hechos afirmó que son ciertos los atinentes al acuerdo de prestación de servicios suscrito con el FNA y la modalidad de contrato en que fueron vinculadas las demandantes; de otro lado, negó el relacionado con el despido sin justa causa de Magaly Cecilia Osorno Gil, Lady Catalina Montoya Estrada y Nancy Ernestina Bautista Valencia. En su defensa sostuvo que las demandantes laboraron bajo la modalidad de contrato por obra o labor, en el cual se estableció que la duración del mismo es el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la empresa usuaria, a quienes se les adeudan las prestaciones sociales, por encontrarse en proceso concursal que impone el agotamiento previo de unas etapas procesales y se encuentra en imposibilidad jurídica y material de realizar pagos a los acreedores por fuera del proceso concursal.

Propuso como excepciones las de «*existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes*» y la «*existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de la demanda*» y «*excepción genérica*» (fls. 315-328).

Finalmente, Liberty Seguros S.A., llamada en garantía por parte del FNA, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones en esta, adujo que no le constan los hechos relacionados en ella, por tratarse de situaciones ajenas a la sociedad.

Manifestó que la existencia de solidaridad entre una empresa usuaria y la de servicios temporales ha sido rechazada unánime y enfáticamente por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; que no es responsable del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones o

intereses legales, que pudiera adeudar el FNA como empleador directo de las demandantes; que durante el lapso comprendido entre el uno (01) de octubre de dos mil quince (2015) a febrero de dos mil dieciséis (2016), Optimizar realizó gestiones para la garantía de las acreencias laborales, como la solicitud de levantamiento de acreencias laborales ante el Ministerio de Trabajo, para que de esta forma se declarara el siniestro y se ordenara el pago de las acreencias por la aseguradora confianza; en consecuencia, consideró que existe una justa razón por la que durante ese lapso no realizó el pago de las acreencias a las accionantes por lo que las pretensiones no estarían llamadas a prosperar.

Propuso como excepciones de fondo las de *«falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto del fondo nacional del ahorro»*, *«ausencia de solidaridad entre los demandados – las empresas usuarias no responden solidariamente por los salarios y prestaciones no pagados por las empresas de servicios temporales – ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del fondo nacional del ahorro por no ser el empleador de las demandantes»*, *«inexistencia de la obligación – la conducta del fondo nacional del ahorro, en el presente caso, ha sido buena fe»*, *«extinción de las obligaciones - pago»*, *«prescripción»*, *«buena fe»* y *«excepción genérica»* (fls. 352-384).

Mediante auto del veintiuno (21) de junio de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá ordenó notificar como Litis consorte necesario a la Aseguradora Confianza; no obstante, el dos (02) de agosto de dos mil veintiuno (2021), se tuvo por no contestada la demanda por extemporánea.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021), decidió:

PRIMERO: Declarar no probada la imparcialidad de los testimonios de Diana María Ospina, Gloria Escobar Hernández y Jhon Elver Obando Peña.

SEGUNDO: Declarar probadas las siguientes excepciones:

- Se declara probada la excepción propuesta por el Fondo Nacional del Ahorro denominada inexistencia de la relación laboral.
- Se declara probada la excepción genérica de inexistencia de la obligación propuesta por Optimizar Servicios Temporales S.A.
- Se declara probada la excepción de ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del Fondo Nacional del Ahorro, por no ser el empleador de los demandantes propuesta por Seguros Liberty S.A., y dadas las resultas del proceso se releva el despacho del estudio de las demás, y en consecuencia absuelve a todos los demandados Fondo Nacional del Ahorro, Optimizar Servicios Temporales, al llamado en garantía Seguros Liberty S.A. y el litisconsorcio necesario Seguros Fianza Confianza S.A. de las pretensiones subsidiarias indicadas en la demanda, de conformidad a la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante en favor de la parte demandada; tásense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) a favor de todos los demandados a prorrata.

CUARTO: En caso de no ser apelada por la parte demandante, sùrtase el grado jurisdicción al de consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Consideró que no encontró que exista una vulneración a la normatividad por parte de las demandadas, por el contrario, las contrataciones se ajustaron a las previsiones de la norma, por lo cual, no encuentra que haya lugar a declarar al Fondo Nacional del Ahorro como el empleador directo de las demandantes.

Adujo que: aunque la parte actora insistió que le era aplicable la sentencia SL4330-2020, las situaciones fácticas son diferentes por cuanto en aquel caso la parte demandante había laborado por espacio de 6 años, con varias contrataciones a través de empresas de servicios temporales y en el presente caso no fue señalado que existieran otras contrataciones, pues aquella fue clara delimitando los servicios prestados en un espacio temporal y únicamente con la demandada Optimizar Servicios Temporales SAS; no fue demandada ninguna otra empresa y que no es posible hacer reformas a la demanda o incorporar pruebas en los alegatos de conclusión; el término legal permitido para los trabajadores en misión no fue superado, razón por la cual, resulta ausente del Fondo Nacional del Ahorro responsabilidad en el pago de acreencias adeudas a las accionantes por quien fuere su empleador Optimizar SAS, pues dicha responsabilidad conforme a los pronunciamientos de la CSJ en Sala de Casación Laboral surge de la superación del tiempo de la contratación o cuando esta se hace fuera de

disposiciones legales, en consecuencia, no puede emerger la simple prestación del servicio como trabajador en misión.

Igualmente, aseveró que, si bien los testigos refirieron que el Fondo Nacional del Ahorro, impartía las directrices a las demandantes para el cumplimiento de sus funciones, basta con señalar que ello no puede representar el elemento de subordinación para el elemento de declaratoria del contrato realidad (Expediente digital: 50. 11001310501020160050000 audiencia 19 de octubre de 2021-20211019_112942-Grabación de la reunión).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de apelación, solicitando se acceda a las pretensiones subsidiarias en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo con la demandada Fondo Nacional del Ahorro con fundamento en que las labores cumplidas por las accionantes son compatibles con las del giro normal de los negocios del FNA, y eran esenciales para su funcionamiento y por consiguiente tenían el carácter de permanencia. Señaló que, las labores, informes y permisos eran presentados ante el FNA.

Adicionalmente, adujo no estar de acuerdo con lo señalado por el Despacho, en cuanto a que la contratación se adecuaba a la normatividad, pues indicó que, la ley tiene unos eventos específicos que son los que permiten contratar por obra o labor, estas son, las labores transitorias o accidentales, aumento en la producción o cubrimiento de vacaciones o licencias, por lo que señaló que en el presente caso no puede entenderse como accidental el contrato de las accionantes, pues no estaba ligado a una de las anteriores excepciones previstas en la ley.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, Liberty Seguros S.A., presentó escrito de alegatos de conclusión, donde peticionó confirmar la sentencia de primera instancia. Por su parte, el Fondo Nacional

del Ahorro, pidió confirmar el fallo de primer grado, al señalar que no existió contrato de trabajo con las demandantes. Las accionantes y Optimizar Servicios Temporales S.A. guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si entre Magaly Cecilia Osorno Gil, Lady Catalina Montoya Estrada y Nancy Ernestina Bautista Valencia y el Fondo Nacional del Ahorro, existió un contrato realidad de trabajo donde Optimizar Servicios Temporales, actuó como un simple intermediario y en caso afirmativo, estudiar la procedencia del pago de las acreencias laborales y de la indemnización moratoria.

V. CONSIDERACIONES

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre las demandantes y Optimizar Servicios Temporales SAS, existieron contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, que estuvieron vigentes como se procede a relacionar:

- Magaly Cecilia Osorno Gil: Del nueve (09) de diciembre de dos mil catorce (2014) al treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).
- Lady Catalina Montoya Estrada: Del primero (01) al treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015)
- Nancy Ernestina Bautista: Del primero (01) de diciembre de dos mil catorce (2014) al treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las empresas de servicios temporales es menester precisar que con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, que las mismas pueden contratar con terceros para colaborar «*en forma temporal*» con el desarrollo de sus actividades y que dicha colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales:

1) la tradicional del artículo 6° del CST, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono;

- 2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y
- 3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

Respecto de la vinculación de las demandantes como trabajadoras en misión, a través de Optimizar Servicios Temporales SAS, para la prestación de sus servicios para el FNA, como empresa usuaria y tal como lo dispuso el *a quo*, de las documentales obrantes dentro del plenario, se puede observar que la entidad celebró contrato de prestación de servicios N° 275 de 2014, con un plazo de ejecución de seis (6) meses.

El anterior convenio, tenía por objeto suministrar al Fondo Nacional del Ahorro trabajadores en misión, contratados directamente por Optimizar Servicios Temporales SAS, y si bien prestarían sus servicios a la empresa usuaria, su verdadero empleador lo sería Optimizar Servicios Temporales.

Con lo anterior se establece que las accionantes fueron trabajadoras en misión para el FNA a través de Optimizar Servicios Temporales SAS, con fundamento en contratos de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada, aspecto por el cual procede la Sala a determinar si es procedente, tal como lo solicita la parte actora, tener como verdadera empleadora al FNA, quien fungió como empresa usuaria dentro de la relación jurídica subsistente con la mencionada empresa de servicios temporales, entre el lapso y por los periodos que aparecen determinados.

En relación con este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias de CSJ SL, 21 feb. de 2006 Rad. 25717, reiterada en la CSJ SL5696-2014, analizó que frente a los eventos de contratación fraudulenta, y en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad y por tal motivo, ser tenido como

verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación.

De manera que si el juzgador de instancia encuentra demostrado un marco temporario que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria en el desarrollo de las actividades de la empresa, o encuentra demostrado que se ha transgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el mencionado artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es imperioso que atienda a esa precisa realidad, incluso pasando por alto la presencia de actos, *que vistos de manera individual y solo en su contenido meramente formal, se exhiben con la apariencia de licitud, como son por ejemplo los contratos individuales, la liquidación de prestaciones sociales, o las comunicaciones de terminación del contrato.*

Así las cosas, en el presente caso la entidad demandada FNA, expuso que la razón para justificar la contratación de las demandantes a través de Optimizar Servicios Temporales SAS, en calidad de empresa de servicios temporales, fue la del suministro de personal que soportaran y apoyaran las actividades misionales de la entidad tendientes al fortalecimiento de la misión y visión a nivel nacional, por lo que a juicio de esta Sala no puede catalogarse como una contratación válida de personal tercerizado de conformidad con lo establecido en la Ley 50 de 1990, pues a pesar de que se puede apreciar que, revisado individualmente el contrato de prestación de servicios N° 275 de 2014, suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales S.A., así como los celebrados entre las accionantes y la empresa de servicios temporales, ninguno enrostra que el tiempo de celebración haya sido superior a un año atendiendo lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 según la normativa y jurisprudencia ya enunciada, no obstante lo anterior, resulta palmario que si bien dichas contrataciones entre las partes se hicieron con una apariencia de licitud bajo el entendido que en principio, estos se efectuaron con inferioridad a un (1) año, lo cierto es que de las contrataciones realizadas no existe prueba que demuestre a favor del FNA que se hubiesen producido por labores *ocasionales, accidentales o transitorias ajenas a la actividad del Fondo*, ni mucho menos que los contratos se hubiesen *provocado como consecuencia de un reemplazo de personal en vacaciones, en uso de licencia u otra situación que envuelva una urgencia de reemplazo* conforme lo regula el artículo 77 de

la Ley 50 del 90, sino que por el contrario, se aprecia que fueron contrataciones en las que se tiene como verdadero empleador a la entidad.

Además, de los testimonios practicados a Gloria Estela Escobar, Diana María Ospina Sánchez y Joan Elver Obando Peña, fueron contestes en indicar que laboraron en la entidad junto con las demandantes y quienes dieron fe que las mismas ejecutaban actividades derivadas del giro ordinario de dicha entidad; circunstancia por la cual se encuentra ampliamente demostrado que el verdadero empleador de las accionantes lo fue el Fondo Nacional del Ahorro; al encontrarse probado que los servicios solicitados a la empresa de servicios temporales por parte del Fondo Nacional del Ahorro no tienen origen o causa en alguna de las causales señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es corolario establecer que el contrato de trabajo que unió a las partes fue a término indefinido.

Así entonces, por regla general, quienes prestan servicios a empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales, solo por excepción, conforme a los estatutos de éstas, son empleados públicos, encontrando que, en el presente caso, las trabajadoras al no realizar funciones de dirección y confianza, se encuentran catalogadas como trabajadoras oficiales de la entidad.

No sobra recordar que la contratación legalmente permitida a las EST con una empresa usuaria es por un término máximo de seis (6) meses, eventualmente prorrogable por otros seis (6) meses y es fácilmente detectable que las contrataciones de Magaly Cecilia Osorno Gil y Nancy Ernestina Bautista (Contratos de trabajo a folios 329-330 y 333-334), superaron el término inicial de seis (6) meses.

PRESTACIONES SOCIALES

Por otra parte, en lo que concierne al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y vacaciones, una vez verificado el caudal probatorio allegado al plenario, encuentra la Sala que efectivamente a las aquí demandantes no les fueron canceladas las mismas por el término de la

relación laboral de cada una, puesto que la misma demandada Optimizar Servicios Temporales, señaló en su contestación de la demanda, no haber realizado los pagos correspondientes a cesantías, intereses de las mismas, prima de servicios y vacaciones, ya que se encuentra sujeto a las reglas del concurso por expresa disposición del Artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, y que cancelaría las mismas dentro del proceso de liquidación judicial que está en curso.

También se deja de presente que, según se desprende del contenido de los referidos desprendibles de nómina y de las liquidaciones aportadas (fls. 55-60 y 335-337), que las demandantes devengaron los siguientes salarios mensuales:

- Magaly Cecilia Osorno Gil: Un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000).
- Lady Catalina Montoya Estrada: Cuatro millones de pesos (\$4.000.000).
- Nancy Ernestina Bautista Valencia: Un millón doscientos treinta y cuatro mil pesos (\$1.234.000).

Previo a realizar los cálculos de rigor, es importante precisar que el reconocimiento y pago de la prima de servicio a los trabajadores oficiales es procedente cuando esté contemplada en el contrato de trabajo, el reglamento interno, la convención colectiva de trabajo o un laudo arbitral. En el sub judice no hay prueba de que este rubro se encuentre consagrado en alguno de los casos enunciados, por lo que no procede a favor de los demandantes el reconocimiento y pago de la referida prestación.

Por lo anterior, la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones arroja las siguientes sumas:

Magaly Cecilia Osorno Gil

INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO	CESANTÍAS	INTERESES A LA CESANTIAS	VACACIONES
9/12/2014	30/09/2015	291	\$ 1.300.000	\$ 1.050.833	\$ 101.931	\$ 525.417
TOTAL				\$ 1.050.833	\$ 101.931	\$ 525.417
VALOR ADEUDADO \$ 1.678.181						

Lady Catalina Montoya Estrada

INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO	CESANTÍAS	INTERESES A LA CESANTIAS	VACACIONES
1/09/2015	30/09/2015	30	\$ 4.000.000	\$333.333	\$ 3.333	\$ 166.667
TOTAL				\$ 333.333	\$ 3.333	\$ 166.667
VALOR ADEUDADO \$ 503.333						

Nancy Ernestina Bautista Valencia

INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO	CESANTÍAS	INTERESES A LA CESANTIAS	VACACIONES
1/12/2014	30/09/2015	300	\$ 1.324.000	\$ 1.103.333	\$ 110.333	\$ 551.667
TOTAL				\$ 1.103.333	\$ 110.333	\$ 551.667
VALOR ADEUDADO \$ 1.765.333						

En tal sentido realizado el cálculo correspondiente se evidencia que a cada una de las accionantes se les adeuda lo siguiente:

- Magaly Cecilia Osorno Gil: Un millón seiscientos setenta y ocho mil ciento ochenta y un pesos (\$1.678.181).
- Lady Catalina Montoya Estrada: Quinientos tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$503.333).
- Nancy Ernestina Bautista Valencia: Un millón setecientos sesenta y cinco mil trescientos treinta y tres pesos (\$1.765.333).

SANCIÓN MORATORIA

Ahora bien, una vez establecido que las demandadas no cancelaron las prestaciones sociales ni vacaciones a las accionantes, se debe entrar a establecer si la pasiva Fondo Nacional del Ahorro, actuó de buena fe y si es procedente la condena por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, para ello se debe recordar que la procedencia de la citada sanción no procede de manera automática, la misma surge por el incumplimiento del empleador y ante su mala fe para no acceder al pago de salarios y prestaciones sociales.

Para su procedencia se ha definido de manera pacífica en la jurisprudencia proferida por la H. Sala Laboral de la CSJ SL12854-2016, que su imposición no es automática ni inexorable, puesto que debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra.

Para el efecto, debe precisarse que la doctrina probable del Tribunal del Cierre, que, dado el carácter sancionatorio de este concepto, la mala fe no se presume y, por lo tanto, debe aparecer dentro del elenco probatorio de manera diáfana e indiscutible la mala fe, esto es, la intención del empleador de sustraer de su marco obligacional a sabiendas de tener claridad y convicción de su deber. Al respecto, en sentencia CSJ SL, 21 sep. 2010, rad. 32416, puntualizó:

Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Verificada la conducta de la convocada a juicio Fondo Nacional del Ahorro, se advierte que lejos de demostrar un actuar transparente por parte del Fondo, lo que se refleja es su intención de encubrir una verdadera relación laboral mediante la contratación de trabajadores en misión, la cual como ya se explicó, no cumplía con los parámetros establecidos en la Ley 50 de 1990

Artículo 77, como tampoco fue acreditada la necesidad del servicio alegada que motivó la contratación de las trabajadoras a través de una empresa de servicios temporales. Al respecto, ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia:

En vista de lo anterior, el ad quem incurrió en la violación denunciada al declarar improcedente la sanción porque el accionante no demostró que el contrato estuviera motivado en una razón diferente a la expresada en él. Tal desatino tuvo su génesis en la equivocada apreciación de la prueba documental arrimada al expediente, pues como bien lo trae a colación el recurrente, los 15 contratos no prueban que la contratación estuviera justificada, como tampoco que el personal de planta fuese escaso para cumplir las obligaciones a cargo del ente, solo porque así lo hizo constar en ellos el presidente del ISS.
[...]

Tampoco se estima coherente que el Tribunal tuviera como probada la buena fe únicamente con las constancias presentes en los contratos de prestación de servicio, ya que la estipulación contractual no es prueba idónea del animus patronal, por lo que es menester acreditar las razones que condujeron a optar por la modalidad contractual y que justifiquen la conducta de la demandada, para sustraerse del reconocimiento de derechos laborales respecto de quien fue su trabajador subordinado. Entonces, no es suficiente aducir que se actuó bajo el convencimiento de hallarse en el marco de un contrato de prestación de servicios porque así se estipuló, sino que deben corroborarse las condiciones que llevaron a estructurar esa creencia razonable.

[...] máxime cuando la prueba documental da cuenta de que las funciones se desempeñaron con vocación de permanencia, entre el 1.º de agosto de 2006 hasta el 31 de marzo de 2013; que las actividades asignadas al contratista eran connaturales a la actividad misional del ISS y fueron ejercidas bajo su continua subordinación y dependencia.
[...]

En consecuencia, resulta forzoso descartar que el ISS obrara amparado en una convicción seria y razonable de acatamiento a la ley, por el contrario, de la manera en que se ejecutaron las funciones y de la prolongación de la conducta en el tiempo, solo es posible colegir la intención del ISS de defraudar derechos laborales mediante la adopción de contratos civiles para encubrir verdaderas relaciones laborales¹

En sintonía con lo expuesto, bajo la lógica y la sana crítica, en el caso concreto se precisa la ausencia de buena fe en el actuar del empleador, por

¹ SL194 de 2019. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

cuanto la realidad probatoria muestra que lo que quiso fue simular, camuflar o mimetizar el verdadero vínculo contractual de carácter laboral que unió a las demandantes con el FNA, conclusión fáctica que no se logra derrumbar con los diferentes medios probatorios aportados al plenario, por cuanto algunos de ellos solo dan cuenta de la relación aparente y formal a través de contratos por duración de la obra o labor con la demandada Optimizar Servicios Temporales, pero que conforme a las deducciones a las que se arribó con base en los diferentes elementos probatorios obrantes en el expediente, no puede predicarse buena fe por parte del Fondo Nacional del Ahorro, cuando precisamente acudiendo a una intermediación laboral, buscó despojarse del marco obligacional que le acarreaba su condición patronal, para atribuirle en apariencia formal otra clase vinculación jurídica lo que hace más evidente la mala fe, al buscar desdibujar la relación laboral pese a tratarse de trabajadoras con vocación de permanencia.

En lo que respecta a la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., advierte la Sala que en razón a que las aquí demandantes conforme a las consideraciones anotadas, ostentaron la condición de trabajadoras oficiales, las disposiciones del C.S.T no se les puede aplicar en el sentido de contar la mala fe a partir de la fecha del despido, sino, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2127 de 1945. Al respecto, precisa la Sala que, debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales (artículo 1° de la Ley 797 de 1949), como se señala en la providencia mencionada en precedencia:

[...] para la liquidación de la sanción se tendrá en cuenta el último salario mensual devengado por el demandante de \$849.787 y se condenará al Instituto a pagarle \$28.326,23 diarios, desde el 1.° de julio de 2013 y hasta el momento en que operó la liquidación definitiva de la entidad demandada, acaecida el 31 de marzo de 2015, tal como se indicó en el Decreto 553 de 2015. Esto, dado que el Decreto 2127 de 1945 da al empleador oficial 90 días para el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, salarios o indemnizaciones, luego de los cuales opera la sanción por el incumplimiento o retardo cuando haya mala fe. Entonces, como en el sub lite la relación laboral finalizó el 31 de marzo de 2013, según lo declararon las instancias, esta empieza a computarse desde el 1.° de julio del mismo año.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el Fondo Nacional del Ahorro contaba con noventa (90) días, y como quiera que los contratos de trabajo de las accionantes finalizaron el día treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015), la sanción moratoria comenzará a contarse a partir del treinta (30) de diciembre de dos mil quince (2015) y hasta que se realice el pago de las acreencias por prestaciones sociales adeudadas. Dicho lo anterior, se encuentra demostrado que el salario diario de cada una de las demandantes, equivalía a las siguientes sumas:

- Magaly Cecilia Osorno Gil: Cuarenta y tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$43.333).
- Lady Catalina Montoya Estrada: Ciento treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$133.333).
- Nancy Ernestina Bautista Valencia: Cuarenta y un mil ciento treinta y tres pesos (\$41.333).

Como quiera que se concede la referida indemnización, se niega la indexación solicitada, por ser conceptos excluyentes.

RESPONSABILIDAD DE OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Considera la Sala que en el *sub lite*, se transgredieron los límites que la ley ha señalado para la vinculación a través de las Empresas de Servicios Temporales, pues es claro que el artículo 6° del Decreto 4369 de 2006 establece que las empresas usuarias solo pueden contratar servicios con las EST:



1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

PARÁGRAFO. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

De igual manera, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha reiterado su posición en cuanto a la aplicación de los principios de primacía de la realidad y de fraude a la ley en supuestos de contratación mediante Empresas de Servicios Temporales. Entre otras, en Sentencia CSJ SL467-2019 reiterada por la CSJ SL4330-2020, se refirió a la contratación defraudatoria por medio de la EST así:

Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:

[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo;

(2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir Radicación n.º 83692 SCLAJPT-10 V.00 25 necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria1 ».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

En el caso que nos ocupa, más allá que los vínculos laborales con cada uno de las demandantes no se hayan extendido por más del (1) año que la ley permite para esta forma de contratación, lo cierto es que no demostró el Fondo Nacional del Ahorro que la contratación de las señoras Magaly Cecilia

Osorno Gil, Lady Catalina Montoya Estrada y Nancy Ernestina Bautista Valencia haya obedecido a incrementos de producción, transporte, ventas de productos o mercancías, periodos estacionales de cosechas o aumento en la producción de servicios en forma temporal, es decir, por una situación excepcional que hubiese ameritado su contratación durante el tiempo de vigencia de los contratos de trabajo.

Además de lo anterior, ni siquiera el contrato de prestación de servicios celebrado entre Optimizar Servicios Temporales S.A. y el Fondo Nacional del Ahorro fue claro en identificar esa situación excepcional, toda vez que de manera abstracta se indicó en los objetos de los contratos No. 275 de 2015 y 147 de 2015 (f.ºs 242 a 262) lo siguiente:

- Objeto contrato No. 275 de 2014 «*PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE UNA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, QUE SUMINISTRE PERSONAL EN MISIÓN QUE PERMITA CUBRIR LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO*»
- Objeto contrato No. 147 de 2015 «*PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SUMINISTRO Y ADMINISTRACION DE PERSONAL PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO EN ARMONÍA CON EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y LA PLANEACIÓN ESTRATÉGICA 2015-2019*»

Sin que de la lectura del texto completo de los contratos ni de los objetos enunciados, como tampoco por ningún otro medio probatorio, se encuentre demostrado cuáles eran esas necesidades de expansión y crecimiento que ameritaban contratar personal a través de empresas de servicios temporales para desarrollar las funciones que normalmente realiza el personal de planta.

Teniendo en cuenta lo anterior, ante la ilicitud de la contratación de las demandantes por parte del Fondo Nacional del Ahorro a través de la EST Optimizar Servicios Temporales S.A., esta última sólo puede catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del inciso 2º artículo 35 del CST, razones suficientes para que responda solidariamente por las condenas impuestas en la alzada.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Teniendo en cuenta que, con ocasión a la presente sentencia, el Fondo Nacional del Ahorro deberá asumir el pago de unas condenas a favor de las demandantes, entrará la Sala a determinar si debe responder Liberty Seguros S.A. en calidad de llamada en garantía, conforme las Pólizas No. 2436541 y 2533998 expedidas por la referida compañía.

Al respecto, se advierte que el 27 de noviembre de 2014, la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. constituyó la Póliza de Garantía No.2436541 con Liberty Seguros S.A. en beneficio del asegurado Fondo Nacional del Ahorro con el objeto de «*Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado, originados en virtud de la ejecución del contrato No. 275 de 2014 [...]*». Amparos que, según del texto de la póliza correspondían al cumplimiento del contrato, calidad del servicio y salarios y prestaciones sociales. (f.ºs 355 al 288)

Posteriormente, el 1º de julio de 2015, entre las mismas partes constituyeron la Póliza de Garantía No. 2533998 en beneficio del asegurado Fondo Nacional del Ahorro con el objeto de «*Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado, originados en virtud de la ejecución del contrato No. 147 de 2015.*» Los amparos garantizados, según el texto de la póliza, correspondían igualmente al cumplimiento del contrato, calidad del servicio y salarios y prestaciones sociales. (f.ºs 396 y 397)

Así las cosas, concluye la Sala que la llamada en garantía Liberty Seguros S.A. deberá asumir por el valor de las cesantías e intereses a las cesantías cuyo pago se condenó al Fondo Nacional del Ahorro. Por el contrario, esta compañía no debe asumir el pago de las vacaciones e indemnización moratoria, toda vez que las pólizas de garantías Nos. 2436541 y 2533998 constituidas por Optimizar Servicios Temporales en beneficio del Fondo Nacional del Ahorro, solamente garantizaron el pago de los salarios y prestaciones de los trabajadores vinculados a la EST, en virtud de la ejecución de los contratos No. 275 de 2014 y No. 147 de 2015, más no se incluyeron para lo respectivo el concepto de vacaciones ni mucho menos la referida indemnización moratoria por las que aquí se condenó, de manera

pues que pese a que la falta de pago de salarios y prestaciones genera para el empleador de mala fe la obligación de pagar la sanción moratoria, esta consecuencia no se puede aplicar cuando se trata de fijar el alcance de un contrato mediante el cual un tercero, ajeno a la relación laboral, se compromete a garantizar el pago de créditos laborales específicos, es decir que la responsabilidad del garante no puede ir más allá del acuerdo que fijó el ámbito de su compromiso.

Por lo anterior, se condenará a Liberty Seguros S.A. a pagar a Magaly Cecilia Osorno Gil, Lady Catalina Montoya Estrada y Nancy Ernestina Bautista Valencia el valor de las cesantías e intereses a las cesantías por las que resultó condenada la demandada Fondo Nacional del Ahorro, con arreglo a las pólizas antes mencionadas.

Ahora bien, en cuanto al llamamiento en garantía formulado en contra de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, se advierte que el 30 de diciembre de 2014 la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. constituyó la Póliza de Garantía No. DL007987 con la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, en beneficio de los asegurados *«TRABAJADORES EN MISIÓN AL SERVICIO DEL TOMADOR»* con el objeto de garantizar *«el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de liquidez de la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. y que hayan sido vinculados de la vigencia de la Póliza.»*

Así las cosas, considera la Sala que esta compañía no debe asumir el pago de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria a cuyo pago se condenó al Fondo Nacional del Ahorro y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales S.A., toda vez que no es el Fondo Nacional del Ahorro el beneficiario de la misma, sino los trabajadores en misión de Optimizar Servicios Temporales S.A., es decir, que la primera de ellas es un tercero totalmente ajeno al contrato de seguro celebrado entre Confianza S.A. y Optimizar S.A., cuyos únicos beneficiarios son los trabajadores en misión, por lo que no es viable con esta póliza amparar una obligación a la que resultó condenado el Fondo Nacional del Ahorro, razones suficientes para negar las pretensiones incoadas en su contra.

Por último, advierte esta Corporación las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria e intereses moratorios aquí condenados, no se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción, en tanto las demandantes radicaron la presente demanda el 16 de septiembre de 2016 (f.º 119), esto es, dentro de los 3 años de su causación.

Corolario de lo expuesto y no habiendo más puntos de apelación que someter a estudio, se revocará la sentencia de primera instancia. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI. DECISIÓN

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

VII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá del diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021), por las razones expuestas en la pare motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo realidad entre **MAGALY CECILIA OSORNO GIL, LADY CATALINA MONTOYA ESTRADA** y **NANCY ERNESTINA BAUTISTA VALENCIA** y la demandada **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, en las siguientes fechas:

- **MAGALY CECILIA OSORNO GIL:** Del nueve (09) de diciembre de dos mil catorce (2014) al treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).
- **LADY CATALINA MONTOYA ESTRADA:** Del primero (01) de septiembre al treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).
- **NANCY ERNESTINA BAUTISTA:** Del primero (01) de diciembre de dos mil catorce (2014) al treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).

SEGUNDO: CONDENAR al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y solidariamente a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** a pagar las siguientes sumas:

- En favor de MAGALY CECILIA OSORNO GIL:
 - Cesantías: Un millón cincuenta mil ochocientos treinta y tres pesos (\$1.050.833).
 - Intereses de cesantías: Ciento un mil novecientos treinta y un pesos (\$101.931).
 - Vacaciones: Quinientos veinticinco mil cuatrocientos diecisiete mil pesos (\$525.417).
 - TOTAL: Un millón seiscientos setenta y ocho mil ciento ochenta y un pesos (\$1.678.181).

- En favor de LADY CATALINA MONTOYA ESTRADA:
 - Cesantías: Trescientos treinta y tres mil treinta y tres pesos (\$333.333).
 - Intereses de cesantías: Tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$3.333).
 - Vacaciones: Ciento sesenta y seis mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$166.667).
 - Total: Quinientos tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$503.333).

- En favor de NANCY ERNESTINA BAUTISTA VALENCIA:
 - Cesantías: Un millón ciento tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$1.103.333).
 - Intereses de cesantías: Ciento diez mil trescientos treinta y tres pesos (\$110.333).
 - Vacaciones: Quinientos cincuenta y un mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$551.667).
 - Total: Un millón setecientos sesenta y cinco mil trescientos treinta y tres pesos (\$1.765.333).

TERCERO: CONDENAR al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y solidariamente a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, a pagar por concepto de indemnización moratoria en favor de la señora **MAGALY**

CECILIA OSORNO GIL, en cuantía de cuarenta y tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$43.333), a partir del treinta (30) de diciembre de dos mil quince (2015) y hasta que se realice el pago de las acreencias por prestaciones sociales adeudadas.

CUARTO: CONDENAR al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y solidariamente a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, a pagar por concepto de indemnización moratoria en favor de la señora **LADY CATALINA MONTOYA ESTRADA**, en cuantía de ciento treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$133.333), a partir del treinta (30) de diciembre de dos mil quince (2015) y hasta que se realice el pago de las acreencias por prestaciones sociales adeudadas.

QUINTO: CONDENAR al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y solidariamente a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, a pagar por concepto de indemnización moratoria en favor de la señora **NANCY ERNESTINA BAUTISTA VALENCIA** en cuantía de cuarenta y un mil ciento treinta y tres pesos (\$41.133), a partir del treinta (30) de diciembre de dos mil quince (2015) y hasta que se realice el pago de las acreencias por prestaciones sociales adeudadas.

SEXTO: CONDENAR a **LIBERTY SEGUROS SA** a pagar a las demandante **MAGALY CECILIA OSORNO GIL, LADY CATALINA MONTOYA ESTRADA y NANCY ERNESTINA BAUTISTA VALENCIA** el valor de las cesantías e intereses a las cesantías por las que resultó condenada la demandada Fondo Nacional del Ahorro, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Sin costas en esta instancia.

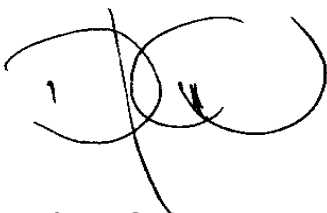
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió

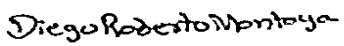
dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **014-2019-00792-01**

Demandante: VÍCTOR MANUEL NEIRA RODRÍGUEZ

**Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES PORVENIR SA**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas Porvenir SA y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de abril de 2022. De igual manera, se revisará la aludida providencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Víctor Manuel Neira Rodríguez llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que se declarara la nulidad de la solicitud de vinculación a Porvenir SA, que generó su cambio de régimen pensional y que pertenece al Régimen de Prima Media

con Prestación Definida –RPMPD, en consecuencia, la inoperancia de sus efectos y que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, reintegrando los aportes para pensión que le fueron consignados junto con los rendimientos financieros generados y los gastos de administración a Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, se condenara en costas y agencias en derecho

Fundamentó sus peticiones, en que cotizó 12.459 días y 1.779,86 semanas tanto en el Régimen de Ahorro Individual, como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; aseguró que el asesor encargado del traslado de Régimen pensional no le suministró la información necesaria para tomar una decisión, induciéndolo en error, siéndole desfavorable un reconocimiento pensional en el Régimen privado. Argumentó que, solicitó a la Administradora Colombiana De Pensiones –Colpensiones y a Porvenir SA, la anulación del traslado y de ello recibió respuesta negativa. (Exp. Digital: «01ExpedienteDigitalfolios1a58.pdf» Fls. 55 a 73).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el referente a la reclamación administrativa con su respectiva respuesta, frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que: el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al haber suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones su afiliación a la AFP Porvenir SA., no pudiendo declarar la nulidad o la ineficacia de la afiliación, además, expuso que a la fecha de presentación de la demanda, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003.

Señaló que, no fue por actos relacionados con la entidad que se haya efectuado el traslado al RAIS, por lo que no resulta procedente condena en costas y agencias en derecho, y como consecuencia condenar al demandante al pago de este concepto, máxime cuando lo que se pretende es la nulidad de traslado de régimen por vicios en el consentimiento,

circunstancia por la que eventualmente debería responder la AFP responsable de inducir a realizar el traslado.

Presentó las excepciones de mérito de *«La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de Régimen»*, *«Responsabilidad Sui Generis de las entidades de 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»*, *«Improcedencia del traslado de Régimen del pensionado»* e *«Innominada o genérica»*. (Exp. Digital: «11001310501420190079200 Contestación.pdf»).

A su turno, Porvenir SA se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos, aceptó los relativos al traslado de aportes del Instituto de Seguros Sociales –ISS a Porvenir SA, y la reclamación efectuada a esta última, con su correspondiente respuesta. De los demás indicó no constarle o no ser ciertos.

En su defensa, argumentó que, el traslado de régimen pensional del demandante fue completamente válido, pues no se aportó prueba que permitiera inferir que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que genere la nulidad del traslado. Precisó que, al momento en que se realizó el traslado horizontal, le fue informado al accionante acerca del régimen de transición, el monto de su pensión dependiendo del capital aportado en su cuenta individual, los aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, el bono pensional, las semanas dentro de los tres años anteriores al traslado de régimen pensional, y la voluntariedad al Régimen de Ahorro Individual.

De igual manera, adujo que se le comunicó que los beneficios más importantes del Régimen de Ahorro Individual y las características técnicas del Régimen de Prima Media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «Excepciones de fondo», «Prescripción», «Prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Exp. Contestacion J14 2019 792.pdf).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticinco (25) de abril de dos mil venidos (2022), resolvió:

PRIMERO: PRIMERO. -DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante señor VÍCTOR MANUEL NEIRA RODRÍGUEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por LA A.F.P. PORVENIR S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES

SEGUNDO. —CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente afiliada el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO. - CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense. [...].

Consideró en síntesis que según lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando se impida o atente de cualquier forma contra el derecho que tiene el trabajador a su afiliación de régimen y sustitución del sistema de seguridad social integral, este tipo de afiliaciones quedan sin ningún tipo de efecto y pueden realizarse nuevamente por el trabajador de manera libre y espontánea. Anotó que, la línea jurisprudencial ha indicado una serie de obligaciones y deberes que tienen los fondos de pensiones relacionados con este deber de información, que no se puede brindar cualquier tipo de asesoría sino únicamente aquella que permita el ejercicio

de la libertad de informar cuya infracción está castigada por el mismo legislador; que la decisión que se toma debe ser absolutamente voluntaria, debe estar libre de cualquier tipo de apremio y nunca se puede limitar a una manifestación pura y simple, se requiere para tomar tan trascendental decisión, una ilustración completa y comprensible sobre las consecuencias, pero no solamente las positivas sino también las consecuencias adversas, que se puedan acarrear en el futuro pensional de cada ciudadano, como también se tiene referenciado en la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. Asentó que, Porvenir S.A. no allega prueba alguna relacionada con el cumplimiento de ese deber de información, distinta al formulario pre impreso de traslado. Concluyó así, que se presenta una omisión injustificada de dicho fondo de pensiones sin que pueda tenerse por acreditado el cumplimiento de ese deber con la simple suscripción, siendo el único y mínimo esfuerzo probatorio que realiza el fondo de pensiones el formulario pre impreso, pues tal como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ello no basta ni resulta suficiente para llevar al convencimiento al juez de cuál fue la asesoría que se le brindó al ciudadano y cuál fue la calidad de esa asesoría brindada al ciudadano. Por último, explicó que no es posible aplicar el fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta que está inmerso el derecho fundamental a la seguridad social, el cual es irrenunciable e imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA apeló la decisión, con la finalidad de que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que: el formulario de afiliación suscrito se realizó por el afiliado de manera libre y voluntaria; para el momento del traslado no había norma específica que obligara a las AFP a custodiar algún tipo de información que se les brindara a los afiliados, por el contrario, solo se exigía conservar el formulario de afiliación, por ello, consideró se cumplió con todas las obligaciones vigentes para dicho momento.

En suma, adujo que la Superintendencia Financiera se ha manifestado respecto del deber de información, señalando que esta obligación surge desde la expedición de la Decreto 2241 de 2010. Finalmente, estimó

desproporcionada la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que estos descuentos son efectuados con ocasión al cumplimiento de un deber legal.

A su turno, Colpensiones interpuso recurso de apelación para que se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que el *a quo* no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el actor y Porvenir SA y este tiene efectos interpartes, por lo que, de declararse la ineficacia del traslado, se afecta el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Manifestó que el actor, se halla inmerso en la prohibición para trasladarse de Régimen pensional como se estipula en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Por último, solicitó condenar a la AFP pagar los perjuicios económicos en virtud de la teoría del daño del derecho civil.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la parte accionada Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y los recursos de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Víctor Manuel Neira Rodríguez del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser negativa dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

VI. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que

el demandante nació el 30 de agosto de 1957; ii) el 23 de septiembre de 1977 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 19 de julio del año 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías –Invertir Organismo Cooperativo AFP Porvenir SA (Exp. Digital: «01Demanda.pdf», Fls. 37 a 43,) y «Contestacion J14 2019 792.pdf » pág. 107.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789- 2002.

Bajo ese entendido, se tiene que el accionante alcanzó la edad de 62 años el 30 de agosto de 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones y Porvenir SA, (Fls. 7 a 11 y 17 a 21, *ib.*) cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 573.01 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: Fl. 50 *ibd.*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades

sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en

adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado del llamante a juicio la administradora de fondos de pensiones tenía la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir SA, realizado el 19 de julio de 2000, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento del señor Neira Rodríguez, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se reitera, 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 la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Ahora, frente al argumento de Porvenir SA, según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, 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 la devolución de 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 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

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 ésta 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.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que la parte actora que hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 25 de abril de 2022 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, la cual será modificada inicialmente en el sentido de precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado.

De otro lado y ante un nuevo estudio, así como la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester recordar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las

restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

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.

[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación

definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

En consecuencia, se adicionará el segundo ordinal, para ordenar a Porvenir SA que retorne a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,

durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Además se dispondrá que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021, CSJ SL3719-2021 y CSJ SL1284-2022). Se confirmará en lo demás, así se decidirá.

Frente al reconocimiento de perjuicios baste con señalar, revisados los argumentos de la alzada propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, se advierte que las razones esgrimidas como sustento al recurso no atacan en manera alguna, las motivaciones que dieron lugar a la decisión de primera instancia para absolver de los mismos.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir S.A. en la suma de un SMLMV.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A. que retorne a COLPENSIONES los aportes que tenga el actor en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora.

DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos

deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir S.A. en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 015-2020-00470-01

Demandante: OMAIRA TERESA BORDA QUINTERO

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS SA.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

Omaira Teresa Borda Quintero llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA), a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos SA (en adelante Colfondos SA) y a la Administradora

Colombiana de Pensiones -Colpensiones, para que se declarara la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD al de ahorro individual con solidaridad -RAIS administrado por Colpatria (hoy Porvenir SA), en consecuencia, la inoperancia de sus efectos y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Fundamentó sus peticiones, en que: fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 30 de agosto de 1984; como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones se trasladó del régimen pensional afiliándose a Colpatria SA (hoy Porvenir SA) el 22 de junio de 1994. la cual, a través de su representante o promotor al momento de la afiliación y traslado se limitó a llenar un formato preestablecido para la afiliación sin entregarle información completa, veras, adecuada, suficiente y cierta de los regímenes de pensiones. Señaló que solicitó a Porvenir SA, copia de los documentos donde constare la decisión del traslado de régimen, y estos no le fueron entregados. Posteriormente se afilió a Colfondos SA., donde solicitó la anulación del traslado y le fue respondida su solicitud de manera negativa, trámite que también realizó a Porvenir SA, donde recibió la misma respuesta. (Exp. Digital: «01Demanda»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colfondos SA se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó parcialmente los relativos a la afiliación a Colfondos SA, las respuestas a las peticiones solicitadas por la accionante a esta entidad y a su respectiva respuesta, sin que le constaran los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que: brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Agregó que no se aportaron elementos probatorios que permitieran demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, suscribiendo el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Manifestó que resulta improcedente dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años a Colfondos SA, pues la demandante, no manifestó inconformidad alguna dentro del plazo que las disposiciones legales le concede.

Formuló las excepciones de mérito de *«Inexistencia de la obligación»*, *«Falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«Buena fe»* e *«Innominada o genérica»*, Exp. Digital: «19EscritoContestacionColfondos »).

A su turno, Colpensiones rechazó las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la afiliación al ISS el 30 de agosto de 1.984 y la reclamación administrativa, sin que le constara los demás supuestos.

Expuso como argumentos de defensa que: la entidad carece de legitimación para pronunciarse, ya que la afiliación efectuada por la demandante con la AFP Colfondos SA fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia, por lo cual considera inapropiado emitir conceptos favorables o desfavorables en relación con el acto jurídico en referencia. A su juicio no vulneró derecho alguno.

Formuló como excepciones de fondo las de *«Prescripción y caducidad»*, *«Cobro de lo no debido»*, *«Buena fe»* y *«Declaratoria de otras excepciones»* (Exp. Digital: «21EscritocontestacionColpensiones»).

Finalmente, Porvenir SA rechazó las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los referentes a las reclamaciones realizadas por la demandante a Porvenir SA y Colpensiones, así como el concerniente a su

estado de afiliación al RAIS. Respecto de los demás hechos dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS a través de Colpatria SA hoy Porvenir SA fue completamente válido, estando precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho. Preciso que la accionante no aportó prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento.

En ese orden de ideas, explicó que, para la fecha del traslado del RPM al RAIS, los fondos de pensiones contaban con unas obligaciones establecidas de manera expresa en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, por lo cual no se puede imponer a las administradoras de pensiones obligaciones que no se tenían para el momento en que se efectuaron las afiliaciones.

Formuló como excepciones de fondo las de «Prescripción» *«Prescripción de la acción de nulidad»*, *«Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»* y *«Buena fe»*. (Exp. Digital: «28EscritoContestacionPorvenir »).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintinueve (29) de marzo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante el día 22 de julio de 1994 al régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la administradora Colpatria hoy representada por Porvenir, como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante, a trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a la administradora de régimen de prima media COLPENSIONES, a esta a recibir los recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas debidamente cotizadas,

teniendo en cuenta para todos los efectos, dada la declaratoria de ineficacia como si nunca se hubiera traslado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere Impugnada, se remitirán las diligencias al Superior para que la revise en grado jurisdiccional de Consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones [...].

Indicó que, según la jurisprudencia, en principio el traslado resulta ilegal por la potísima razón que, se desconoció el termino de permanencia de tres años contemplado en el artículo 3, lit. E de la Ley 100 de 1993. Explicó que, de acuerdo a la línea jurisprudencial, es la AFP quien debe ilustrar frente a las características, condiciones, accesos y efectos 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. Aseveró que en el caso bajo examen la suscripción del formulario preimpreso de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, teniendo Porvenir SA el deber de informar a la accionante y no siendo ello probado; a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. Por otra parte, la carga de la prueba, al encontrarse bajo un supuesto negativo de la accionante, que no puede demostrarse materialmente; corresponde a la AFP Porvenir S.A. probar que brindó la información con tal diligencia que permita conocer las ventajas, desventajas del cambio de régimen, como riesgos y efectos negativos de su decisión; evento que no se logró acreditar; toda vez que la única prueba que aduce la accionada, es el formulario de afiliación, no obrando en el plenario otra constancia que de fe, que a la demandante se le brindaron aspectos mínimos de los modelos pensionales. Frente a la excepción de prescripción, señaló que, respecto de la declaratoria de ineficacia de traslado, ello se encuentra íntimamente ligado con el derecho pensional, y sigue la misma suerte del derecho principal, de acuerdo al artículo 48 de la Constitución Política.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada Colpensiones apeló la decisión, para que se revocara en su totalidad y se acceda a sus pretensiones, con fundamento en que: se logró establecer que a la demandante se le brindó información al momento del traslado a Colpatria SA hoy Porvenir SA, teniendo claras las características del Régimen escogido, más aún, cuando realizó traslados horizontales entre diferentes fondos del mismo Régimen, lo que la jurisprudencia ha considerado como actos de relacionamiento.

Indicó que, respecto de los actos de administración, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-2877 de 2020 ha determinado que, la Sentencia que declare la ineficacia tiene efectos retroactivos, debiendo devolver los conceptos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Las accionadas Porvenir SA y Colpensiones solicitaron se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar acceda a sus pretensiones.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Omaira Teresa Borda Quintero del RPMPD al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir SA y Colfondos SA, y como consecuencia, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

VI. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) la demandante nació el 29 de agosto de 1961; ii) el 30 de agosto de 1984 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con

prestación definida, y iii) el 22 de julio de del año 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colpatria S.A. (Exp. Digital: «01Demanda», Fls. 110, 55 a 60 y 69).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Bajo ese entendido, se tiene que la demandante alcanzó la edad de 57 años el 29 de agosto del 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colfondos el 10 de agosto de 2020, a Colpensiones el 12 de agosto de 2020 y a Porvenir SA el 17 de noviembre de 2020 (fls. 90 a 93 y 99 *ibid.*), cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 161.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Fls. 55 a 59 *ibid.*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado de la llamante a juicio las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Colpatria SA hoy Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Colpatria SA hoy Porvenir SA, realizado el 22 de junio de 1994, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora Borda Quintero, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación*

se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se reitera, 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 la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Adicionalmente, no se lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por lo demás, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, o que hubiera permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo

asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

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

Aunado a ello, debe acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela CSJ STP15228-2021, dejó sin efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio del mismo año, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», 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 2° de la Ley 1781 de 2016.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para revocar la decisión proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

En tal medida, habrá de elevarse condena en contra de las accionadas Colpatria SA hoy Porvenir Pensiones y Cesantías SA y la administradora de pensiones Colfondos SA, a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).

De otro lado, ante un nuevo estudio y la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de

información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Colpatria SA hoy Porvenir y Colfondos SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester recordar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

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.
[...]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran

entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Costas en esta instancia a cargo de las demandada recurrente, Colpensiones en la suma de un SMLMV.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** a Colpatria SA hoy Porvenir SA Pensiones y Cesantías SA, a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Omaira Teresa Borda Quintero, por concepto de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. a que retorne a Colpensiones el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia para **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de Omaira Teresa Borda Quintero al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial y que reciba los recursos trasladados por parte de Colpatria SA hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

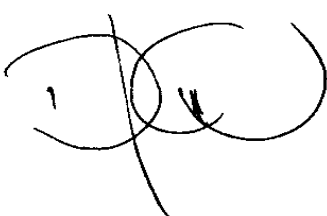
CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente Colpensiones en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

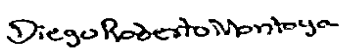
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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