



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 06-2020-00095-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de Dos Mil Veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JAIME HERNÁNDEZ PIRAGUA**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **APELACION PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de diciembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de COLPENSIONES, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JAIME HERNÁNDEZ PIRAGUA, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (folios 3-6 expediente):

PARTE DECLARATIVA PRINCIPAL:

DECLARAR que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, contemplada en la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$2.993.366, a partir del 17 de febrero de 2018.

PARTE CONDENATORIA PRINCIPAL:

1. **CONDENAR** al reconocimiento y pago de la pensión en una cuantía inicial de \$2.993.366, a partir del 17 de febrero de 2018.
2. **CONDENAR** a la pasiva, a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
3. **CONDENAR** a la entidad convocada a juicio, al pago de los intereses moratorios.
4. Costas procesales.

PARTE DECLARATIVA SUBSIDIARIA:

1. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que prevé la Ley 100 de 1993, con el promedio de salarios devengados durante toda su vida laboral, incluyendo los tiempos certificados en el bono pensional y laborados para la empresa intercontinental de aviación, desde el 1 de octubre de 2001 hasta el 7 de agosto de 2004.

PARTE CONDENATORIA SUBSIDIARIA

2. **CONDENAR** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión, teniendo en cuenta lo salarios reportados durante toda la vida laboral.
3. **CONDENAR** al pago de la indexación e intereses moratorios.
4. Costas procesales

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que para obtener el IBL, aplicó los salarios devengados durante toda la vida laboral y los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994, así como una tasa de reemplazo del 69,68%. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción e innominada (folios 51-54 del expediente físico).

Mediante auto de fecha 26 de octubre de 2021, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación, presentado por la entidad llamada a juicio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 06 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 3 de diciembre de 2021, profirió sentencia en el siguiente sentido:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, reconocer y pagar al demandante al señor JAIME HERNANDEZ PIRAGUA, la suma de \$21.890.433 por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre del año 2018 y el día 30 de noviembre del año 2021, y las diferencias pensionales que se causen sucesivamente con posterioridad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Se condena de igual forma por los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde la exigibilidad de la obligación mes a mes hasta que se produzca el pago de la obligación.

Costas en sede de esta instancia, a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de \$3.500.000 por concepto de agencias en derecho.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia:

La entidad demandada en síntesis alegó que no es posible acceder a la suplicas de la demanda, en la medida que, el reconocimiento del beneficio pensional, se ajustó a derecho, ya que, para obtener la cuantía de la prestación, dio aplicación al artículo 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, además de haber computado los factores salariales enunciados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, lo que arrojó una tasa de reemplazo del 68,68% y una mesada de \$1.983.744. Manifestó que a su juicio no se debe contabilizar los periodos laborados para Intercontinental de Aviación, en la medida que, una vez revisado todo el expediente del asegurado, no encontró faltantes, aunado a que el fondo de pensiones no allegó la información correspondiente que permitiera actualizar la historia laboral, pese a los requerimientos efectuados.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en el periodo laborado para INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN, entre el 1 de octubre de 2001 hasta el 7 de agosto de 2004.

CALIDAD DE PENSIONADO

Sea lo primero señalar que COLPENSIONES, a través de la Resolución N.º SUB 186469 del 16 de julio de 2019, reconoció al señor JAIME HERNANDEZ PIRAGUA, pensión de vejez, con fundamento en la Ley 797 de 2003, a partir del 17 de noviembre de 2018, en cuantía de \$1.983.744 (folio 20-26). Así mismo se corrobora que la tasa de reemplazo aplicada lo fue de 69.68% y un total de 1544 semanas.

Adicionalmente está probado que el 9 de septiembre de 2019, el actor solicitó la reliquidación de la mesada pensional, requerimiento que fue atendido por Resolución N.º SUB 289684 del 21 de octubre de 2019, de manera negativa. Inconforme con la decisión adoptada por la entidad de seguridad social, procedió el afiliado a presentar recurso de apelación, resuelto por medio del Acto Administrativo N.º DPE 13742 del 26 de noviembre de 2019 (folios 31-44)

Luego entonces, dado que no existe discusión sobre la norma que le fue aplicable al demandante *-Ley 797 de 2003-* por cumplir con los requisitos allí enunciados *-62 años de edad y 1300 semanas de cotización-*, como tampoco la fecha de disfrute del beneficio pensional *-17 de diciembre de 2018-*, por lo que el problema jurídico tal como se reseñó, es determinar si es posible reliquidar la pensión de vejez del actor, teniendo en cuenta aquel periodo faltante en la historia laboral, esto es, entre octubre de 2001 y el 7 de agosto de 2004.

Lo anterior obedece a que, al revisar las pruebas obrantes dentro del proceso, más concretamente del certificado de información laboral FORMATO 1, se evidencia que el actor JAIME HERNANDEZ PIRAGUA, laboró para la sociedad INTERCONTINENTAL DE AVIACION S.A. INTER EN LIQUIDACION OBLIGATORIO, desde el 2 de enero de 1997 hasta el 7 de agosto de 2004, en

el cargo de COPILOTO DC 9-15, tiempo durante el cual le efectuaron aportes a COLFONDOS (folio 15)

Así mismo, está demostrado que el señor JAIME HERNANDEZ PIRAGUA, cotizó al Régimen de Prima Media un total de 1373,14 semanas y que laboró para la FUERZA AEREA COLOMBIANA entre el 6 de septiembre de 1975 y el 31 de diciembre de 1978, reuniendo 173, 29 semanas, es decir, un total de 1546 semanas. Adicional se evidencia que, en el Acto Administrativo de reconocimiento pensional, se indicó que la prestación sería financiada en un 11.05% por el Ministerio de Defensa Nacional y en lo restante por COLPENSIONES -88,95%- (Folio 24)

Aunado a lo anterior, se logra determinar que entre ciclo enero de 1997 y febrero de 2016, COLPENSIONES, recibió aportes, provenientes del Régimen de Ahorro Individual.

Ahora a efectos de dar solución al cuestionamiento planteado, encontramos que que el parágrafo 5° del artículo 227 de la Ley 1450 de 2011, modificado por el artículo 159 de la Ley 1753 de 2015, estableció que para el desarrollo de los proyectos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo y en ejercicio de las funciones públicas, las entidades públicas y privadas que administren o cuenten con información sobre historias laborales suministrarán la información que los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo estimen necesaria para la construcción de las historias laborales unificadas, la cual deberá ser gratuita.

Igualmente, el Capítulo 2 del Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016, contiene disposiciones generales de certificación de historias laborales y en su artículo 2.2.9.2.2., estableció que las certificaciones de tiempo laborado o cotizado con destino a la emisión de bonos pensionales o para el reconocimiento de pensiones deberán elaborarse en los formatos de certificado de información laboral adoptados por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo, como únicos válidos para tales efectos. Que mediante la Circular Conjunta número 13 del 18 de abril de 2007 expedida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social (hoy del Trabajo) se adoptaron los formatos 1, 2 y 3 de certificación laboral y de salario válidos para la emisión de bonos pensionales y para el reconocimiento de pensiones.

Así mismo, el Decreto 1833 de 2016 estableció en su artículo **2.2.2.3.1.**, lo siguiente:

“(…) Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media se aplicará lo siguiente:

1. Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales.

2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.

Adicionalmente el artículo **2.2.2.4.8.** del precepto jurídico en mención, estipulo el procedimiento para el traslado de la información entre administradoras, así:

“Traslado de información. *En todos los casos previstos en el presente capítulo, junto con el traslado de los recursos, las entidades involucradas deberán entregar la historia laboral de los afiliados por medio magnético o electrónico que incluya como mínimo los siguientes datos:*

1 .1. Administradora de pensiones ante la cual se realizaron los aportes.

1 .2. Nombres y apellidos completos del afiliado.

1 .3. Tipo y número del documento de identificación del afiliado.

1 .4. Fecha de nacimiento.

1.5. Sexo del afiliado.

Y por cada período cotizado la siguiente información:

2.1. Ingreso base de cotización.

2.2. Monto de la cotización obligatoria.

2.3. Períodos a los que corresponden las cotizaciones.

2.4. Nombre del empleador.

2.5. NIT de cada empleador.

2.6. Días cotizados.

2.7. Fecha de pago de las cotizaciones.

2.8. Para los afiliados que tengan cotizaciones anteriores al 1 de abril de 1994, la historia laboral o certificaciones del tiempo laborado en entidades públicas que reposen en la Administradora.

2.9. Y la demás información que se tenga del afiliado.

Las administradoras del sistema general de pensiones acordarán la estructura y cargue de archivos con los que se deberá entregar la información de historia laboral de los afiliados.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de Colombia de precisar otros aspectos referentes a la materia.”

Ahora, la Sala de Casación laboral en la sentencia SL 1116 de 2022, estableció que es deber de la entidad administradora de pensiones, verificar la información contenida en la Historia laboral:

“Reitera la Sala lo ya dicho en sentencia SL4167-2021, respecto de que las entidades administradoras deben tener sumo cuidado con los reportes de cotizaciones que emiten, pues ello se plasma en actos administrativos que por disposición normativa se presumen legales -artículo 88 de la Ley 1437 de 2011-.

Es en esa dirección ha considerado que «por regla general la información que se consigne en los pronunciamientos de resúmenes de semanas cotizadas vincula a dichas entidades en atención al principio de buena fe que debe irradiar a sus actuaciones y el respeto de las expectativas legítimas que ello puede generar en los afiliados (CC T-202-2012)» (CSJ SL5172-2020).

Asimismo, que el resumen de semanas que expida Colpensiones se presume en principio cierto, veraz y vinculante para la entidad, por lo que no es posible que posteriormente y sin explicaciones razonables expida una historia laboral con información diversa, pues ello transgrede la confianza legítima que los afiliados depositan al elegirla como administradora de sus aportes pensionales (CSJ SL5170-2019).

Luego entonces, atendiendo lo expuesto precedentemente, se puede concluir que la información contenida en el FORMATO 1, es idónea y verídica, por lo tanto se tiene certeza que, el accionante laboró en la empresa INTERCONTINENTAL DE AVIACION S.A. desde el 2 de enero de 1997 hasta el 7 de agosto de 2004, tiempo durante el cual efectuó aportes el Régimen de Ahorro Individual, pero dado su traslado al Régimen de Prima Media, los dineros de su cuenta fueron remitidos de manera parcial, ya que no se evidencia, registro de cotizaciones entre el 1 de octubre de 2001 al 7 de agosto de 2004.

Por lo anterior y toda vez que, es deber de las administradoras suministrar la información de sus afiliados, una vez estos se trasladen de régimen pensional y a su vez elaborar la historia laboral del asegurado, se considera por parte de esta Sala de Decisión, que COLPENSIONES, ante el reclamo insistente del demandante, debió proceder a verificar el periodo faltante y no trasladar dicha función al afiliado:

(...) una vez verificadas nuestras bases de datos nos permitimos informar que para los ciclos 01/10/2001 a 07/08/2004 que no registran en la historia laboral, ciclos faltantes con RAIS, nos permitimos informar que si bien la AFP respectiva realizó el traslado de los ciclos correspondientes al periodo de su vinculación referente a los ciclos solicitados en particular no fueron trasladados y en tal sentido no se reflejan en la historia laboral, por lo que se recomienda revisarlos directamente con el empleador que corresponda a cada periodo. En caso de confirmar el debido pago, debe realizar la gestión ante la AFP en la que estuvo vinculado en esos periodos, quienes deben aplicar los aportes, actualizar su Historia Laboral y remitir la información a Colpensiones, de acuerdo con las políticas establecidas para este proceso.

En consecuencia, una vez incluidos el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2001 al 7 de agosto de 2004, ya que se repite existe certeza de la afiliación al sistema general de pensiones, y de cotizaciones por parte del empleador, se obtuvo un IBL de toda la vida, igual a \$2.945.315,54, suma a la que se le aplicó una tasa de remplazo de 74,11%, obteniéndose una mesada de \$2.182.919,26, por lo que en ese orden la sentencia de primera instancia será modificada, ya que la cuantía de la pensión resultó inferior a la determinada por el A-quo.

Por lo tanto y en la medida que el monto de la prestación hallada en esta instancia, resultó inferior a la enunciada por el Juzgado primigenio, el retroactivo generado desde el 17 de diciembre del año 2018 y al 30 de noviembre del año 2021 -fecha última tasada por el Juzgado de origen- es igual a \$8.138.745,40.

INTERESES MORATORIOS.

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se trae a colación un resumen de la línea jurisprudencial, empezando con la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

¹ «A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago».

“(…)”

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.”

Situación que fue reiterada en las sentencias SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional:

*“En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios **son simplemente resarcitorios y no sancionatorios** (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.”*

Frente al tema, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 establece que las administradoras de pensiones tendrán un término **no mayor a 4 meses** para efectuar el reconocimiento de la pensión, contado a partir de la presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho, así lo ha indicado la H. Corte Suprema de justicia en reciente pronunciamiento SL 4985 con radicación 49082 del 5 de abril de 2017.

Igualmente, en la sentencia SL 3130 de 2020, nuestro máximo órgano de cierre previó que los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se producen tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario.

En esa medida, como quiera que COLPENSIONES, no pago de manera correcta y completa la mesada pensional, pese a que tenía conocimiento del periodo faltante, se ordenará el pago de los mencionados intereses, sin embargo estos procederán una vez vencidos los cuatro meses con los que contaba la entidad

para pronunciarse frente a la prestación, es decir, desde el 17 de abril de 2019, ya que la solicitud fue radicada el 17 de diciembre de 2018., sobre las diferencias generadas desde el 17 de diciembre de 2018 hasta el momento en que se efectuó el pago de la mesada de manera completa, sin que la excepción de prescripción hubiese afectado la prestación, pues la petición fue radicada el 09 de septiembre de 2019 , siendo atendida por Resolución n.º SUB 289684 del 21 de octubre de 2019 , acto administrativo que fue objeto del recurso de apelación, cuya respuesta se presentó mediante Acto N.º DPE 13742 del 26 de noviembre de 2019, en tanto la demanda fue presentada 31 de enero de 2020 (folio 1), lo que indica que no transcurrió el término trienal entre una y otra actuación.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para modificar la sentencia de primera instancia, en cuanto a la cuantía del beneficio pensional y en lo relacionado con la fecha a partir de la cual proceden los intereses moratorios.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ en su SALA TERCERA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2021 por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de condenar a COLPENSIONES a pagar la suma \$8.138.745,40 por concepto de diferencias generadas producto de la reliquidación, por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre del año 2018 y el día 30 de noviembre del año 2021, ya que la mesada pensional para el año 2018 ascendió a la suma de \$2.182.919,26, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2021 por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de condenar a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios de

que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 17 de abril de 2019, sobre las diferencias generadas desde el 17 de diciembre de 2018 hasta el momento en que se efectuó el pago de la mesada pensional de manera completa.

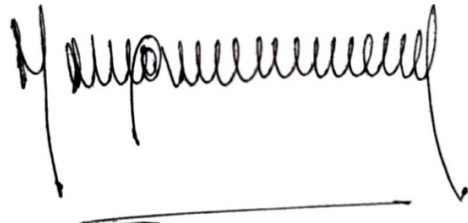
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

EXPEDIENTE DIGITAL: [06-2020-00095-01](#)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 07-2020-00034-01

Bogotá D.C., febrero 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **BLANCA AURORA ALVARADO GRIMALDO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP COLFONDOS S.A,
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA-COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y consulta en su favor, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada CINDY BRILLITH BAUTISTA CARDENAS CC 1.022.361.225 y TP 237.264 del CSJ, según sustitución otorgada por CLAUDIA LILIANA VELA CC 65.701.747 y TP 123.264 del CSJ, a quien se le reconoce como apoderada principal, y actúa como representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS a quien Colpensiones otorgo poder general que anexan.

Colpensiones, a través de su procuradora judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de agosto 16 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

BLANCA AURORA ALVARADO GRIMALDO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS SA, como aparece en expediente

digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Que se declare la ineficacia y/o anulación del traslado de la demandante al RAIS el 1 de octubre de 1998. Declarar vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante al ISS hoy Colpensiones.

Condenar a la AFP COLFONDOS SA a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Condenar a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y recibir los valores. Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez.

Condenar a las demandadas en costas y agencias en derecho, y ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de febrero 26 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda y su reforma COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS SA, en tiempo, como consta en auto de mayo 2 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 7° Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 26 de julio de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado efectuada por **BLANCA AURORA ALVARADO GRIMALDO** el día 21 de julio de 1998 del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por AFP COLFONDOS SA; y como consecuencia Ordenar a AFP COLFONDOS SA trasladar las totalidad de los valores de la cuenta de ahorros de la señora demandante, incluyendo rendimientos, a Colpensiones.

Colfondos debe incluir los gastos de administración y comisiones devueltas a Colpensiones indexadas.

Ordena a Colpensiones recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM a la demandante desde su afiliación inicial.

Se declaran no probadas las excepciones propuestas por las demandadas

Impuso costas a Colfondos; y **CONCEDIÓ** apelación a Colpensiones y además, el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada Colpensiones apeló la decisión, solicitando revocar la condena impuesta a Colpensiones. Para el momento del traslado la demandante no era

beneficiaria del régimen de transición, y Colpensiones no podía evitar que se trasladara el fondo privado.

La demandante acepto voluntariamente su traslado al RAIS, y allí estuvo sin intentar devolverse, en cambio sí se trasladó dentro del RAIS, con actos de relacionamiento, a pesar que aduce que le dijeron que Colpensiones se iba a acabar, y si se dio cuenta que no se acabó, tampoco intento regresar a Colpensiones.

El regreso a Colpensiones genera una descapitalización de Colpensiones, pues estas personas no han cotizado al RPM durante largos años. Solicita se declare valida la afiliación al RAIS.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA, efectuado por **BLANCA AURORA ALVARADO GRIMALDO** el día 21 de julio de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 21 de julio de 1998 (f-34 Cont. Colfondos)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado

al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de

2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y

obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

- 10-**Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP COLFONDOS SA** aportó: solo ante el requerimiento del juzgado aportó la historia laboral y el formulario de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de julio de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 21 de julio de 1998, la demandante tenía 566.43 semanas (F,9 Contestación Colfondos.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 4 de marzo de 1962 f-25 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2019 (precisando que para mayo 13 de

2022, fecha de expedición del estado de afiliación por AFP COLFONFIDOS S.A. F.9), la demandante había cotizado más de 1.763.57 semanas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(a) demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 21 de julio de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de

trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, frente al punto de apelación de COLPENSIONES, no se accederá a lo pedido, puesto que sus argumentaciones no tienen ningún sustento probatorio, y por el contrario riñen con la línea jurisprudencial vigente.

Ahora, en sede de consulta para esta Sala es claro, que al declararse la ineficacia del traslado, como lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubiese estado afiliado al fondo privado, y en este sentido todos los dineros recibidos por el fondo privado deben ser entregados a Colpensiones, es decir los aportes sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados, razón por la cual se adicionara la sentencia de primer grado. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) 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.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, AFP COLFONDOS SA los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaratoria de no probada como lo determino el a quo.

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2022 por el Juzgado 7° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP COLFONDOS SA a Colpensiones debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Blanca Aurora Alvarado Grimaldo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2020-00034-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d404f690b3a3bfd800f47444dc97d8af3cfa42d29c284c4ded15251847597446**

Documento generado en 01/03/2023 09:57:28 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 011-2020-00021-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ALONSO GONZÁLEZ ESPITIA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA//
CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11° Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes demandante y demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ALONSO GONZÁLEZ ESPITIA**, instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES**, debidamente sustentada como aparece en el expediente de folio 5 a 147, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 6 de septiembre de 2019.
2. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que en la actualidad el demandante percibe una pensión sanción, prestación que a su juicio resulta incompatible con la pensión solicitada. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, entre otras.

Mediante auto del 19 de noviembre de 2021, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación presentado por la entidad convocada juicio (folio 212 del cuaderno 1 del expediente digital)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 11º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 04 de marzo de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR que al ciudadano **ALONSO GONZÁLEZ ESPITIA** le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad a lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de una pensión de vejez en los términos normativos ya señalados a favor del ciudadano **ALONSO GONZÁLEZ ESPITIA** identificado con C.C 19.382.014 a partir del 01 de febrero del año 2021 en cuantía inicial de \$ 921.096, 29 por trece mensualidades anuales más lo incrementos de ley, de conformidad a lo expresado en la parte considerativa de esta sentencia. Adicionando a la presente providencia tanto en la parte motiva que se autorizará a **COLPENSIONES** a descontar las cotizaciones que para efecto vayan con destino al sistema general de seguridad social en salud adicionando también en este acápite.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago al demandante **ALONSO GONZÁLEZ ESPITIA** los intereses moratorios que trata el art. 141 de la ley 100 de 1993 desde el 06 de enero del año 2020 y hasta la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados de conformidad con los argumentos esbozados expuestos en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por la pasiva particularmente la de descripción de conformidad con los argumentos esbozados en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada **COLPENSIONES**, liquídense por secretaria inclúyanse en ellas el valor \$ 500.000, valor en que se estiman las agencias en derecho.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión en favor de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el evento de no ser apelada por este sujeto procesal.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada apeló el fallo de primera instancia:

RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE VEJEZ: Insiste en que se presenta una incompatibilidad entre la pensión sanción y aquella prestación que actualmente se peticiona. Además, enuncia que por disposición del artículo 128 de la C.P., ningún ciudadano puede percibir doble asignación del tesoro público. Así mismo señala que al administrar recursos de la seguridad social, no es posible emitir una condena en costas, ya que generaría en detrimento patrimonial para la entidad.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: Sí el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y si la misma resulta compatible con aquella pensión que percibe el actor, por parte del Fondo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Sea lo primero indicar que, en esta instancia no existe controversia frente a los siguientes supuestos facticos: **I)** Que el demandante cotizó al sistema general de pensiones, un total de 1308 semanas, entre el 4 de marzo de 1976 y el 31 de enero de 2021, aportes que realizó como trabajador dependiente, a través de los siguientes empleadores: ESPUM LATEX LTDA, ESPECIALISTAS ADMON, BOGOTÁ DC, INGENIEROS CIVILES, PAKINT SEGURIDAD LTDA. Y SEGURIDAD APOLO LTDA. **II)** Que demostró haber laborado para la Secretaria de obras Públicas, desde el 1 de marzo de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994, tiempo no cotizado a COLPENSIONES **III)** Que el demandante nació el 6 de

septiembre de 1957 cumpliendo la edad de 62 años el mismo día y mes de 2019. **IV)** Que mediante Resolución N.ºSUB 310146 del 13 de noviembre de 2019, COLPENSIONES negó el derecho pensional reclamado. **V)** Que a través del Acto Administrativo n.º 1172 del 5 de julio de 2018, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, le reconoció al accionante una Pensión Sanción, ya que fue despedido sin justa causa –*supresión del cargo*- con más de 13 años de servicios, en la suma de \$1.401.810.89, a partir del 6 de septiembre de 2017 (folio 238 del cuaderno 1)

NATURALEZA DE LA PENSIÓN SANCIÓN Y PENSIÓN DE VEJEZ

Descendiendo al caso bajo estudio, se indica frente a la pensión sanción que, en primer lugar, esta no es una prestación equiparable a la pensión de vejez y así lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL470-2019, en la que precisó que la pensión sanción no puede entenderse como equivalente a la de vejez:

[...] aunque ambas tienen naturaleza prestacional, no son equiparables, pues tienen fuente normativa distinta, diferentes requisitos de causación y, supuestos de hecho claramente diferenciados, a tal punto que la Sala de antaño ha distinguido la pensión de vejez de la pensión sanción. La primera, se causa una vez se cumplan los requisitos de edad y densidad de aportes y está a cargo del sistema general de seguridad social. La segunda, en cambio, está a cargo del empleador, sin perjuicio que opere subrogación, y se causa, conforme lo indica el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, siempre que medie un despido injusto, el trabajador no sea afiliado al sistema de seguridad social y acredite un tiempo mínimo de servicios de 10 años.

Así mismo, en punto a la imposibilidad de entender que la pensión sanción tenga el propósito de cubrir el riesgo de vejez, la sentencia CSJ SL 29709, 22 jun. 2007, reiterada en las providencias SL 44195, 30 abr. 2013, SL13032-2015 y SL474-2019, señaló:

[...] ha sido uniforme la jurisprudencia en sostener que el Seguro Social no asumió la contingencia cubierta con la pensión sanción, pues se ha estimado por esta Corporación, de tiempo atrás, que el ISS únicamente subrogó a los empleadores en aquellas prestaciones encaminadas a cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pero no en aquellas que protegen la estabilidad en el empleo o que constituyen una sanción a ciertos empleadores que frustran el

derecho al trabajador de adquirir la pensión plena, mediante su despido injustificado, después de un tiempo de servicios apreciable.

Adicionalmente en sentencia SL4519-2021 dispuso el alto Tribunal:

A la luz de las reflexiones transcritas, no es cierto que la pensión sanción y la de vejez tengan la misma naturaleza, tal y como erróneamente lo afirma la censura, argumento de más por lo que no se puede aplicar el régimen de transición, además, de que esta sala, en múltiples oportunidades ha dicho que la norma que gobierna el asunto es la vigente al momento de la terminación del vínculo laboral, que para el presente caso no es otra que el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 tal y como lo concluyó el ad quem (CSJ SL 30462, 28 may. 2008; SL 33259, 30 sep. 2008; y SL3773-2018, SL3164-2019).

Así las cosas, es claro que la pensión sanción no se asimila a la de vejez, máxime cuando la normatividad que rige este beneficio pensional es la vigente para la fecha del despido sin justa causa, aunado a que las mismas no provienen del tesoro público, y en esa medida no se desconoce lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política, toda vez que, las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no derivan del erario, ya que sus recursos ostentan la condición de parafiscales, al ser un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley.

El anterior criterio tiene su asidero en las sentencias SL 5792 de 2014, SL4538 de 2018 y STL1198 de 2019, en las que nuestro Alto Tribunal de cierre, señaló:

“En relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las

reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto.”

En este orden de ideas, se considera por parte de esta Sala que la pensión sanción, tiene una naturaleza distinta, a la de vejez contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ya que los recursos de cada una se derivan de fuente diferentes, por lo que pueden coexistir, y en ese orden, pasa a definirse lo relacionado a la causación del derecho pensional requerido.

PENSIÓN DE VEJEZ

La prestación solicitada, está definida, en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, enunciado como requisitos para su causación, los que se reseñan a continuación, esto es:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Frente al requisito de la edad se tiene que, de conformidad con la copia de la cédula allegada al plenario –expediente administrativo-, el señor ALFONSO GONZÁLEZ ESPITIA-, nació el 06 de septiembre de 1957, por lo que es claro que la edad de 62 años, la acreditó el mismo día y mes de 2019, encontrándose demostrado el requisito de la edad.

Ahora, en cuanto a las semanas cotizadas se indica que la Ley dispone como mínimo 1300 semanas de cotización, por ello, una vez revisada la historia laboral del accionante, se evidencia que aportó al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, desde el 04 de marzo de 1976 al 31 de enero de 2021, para un total de 1.308, además el documento en mención relaciona 145 semanas, de tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES, y efectuados entre el 1 de marzo de 1993 y el 31 de diciembre de 1995, permitiendo el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, acumular este último periodo, para la causación del beneficio pensional de marras.

Así las cosas, se concluye que para la calenda en que el accionante cumplió la edad de 62 años *-06 de septiembre de 2019-* acreditaba también las 1300 semanas, sin embargo, el disfrute de la prestación será a partir del día siguiente a la última cotización que lo fue para el ciclo enero de 2021, lo que quiere decir, que será a partir del 1 de febrero de 2021, en una cuantía equivalente al salario mínimo *-\$908.526-*, ya que realizadas las correspondientes operaciones aritméticas, con base a los aportes efectuados en los 10 últimos años, al resultar más favorable, conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se obtuvo un IBL igual a \$1.042.358.22, que al aplicarle un monto de 69.43%, en atención a lo previsto por el artículo 34 *ibidem*, el resultado arrojado fue inferior al salario mínimo de la época *-\$723.671.23-*, por lo que se tuvo que reajustar a dicha cuantía, sin que la excepción de prescripción hubiese afectado mesada alguna, ya que el beneficio aquí otorgado, se está concediendo inclusive con posterioridad a la calenda de presentación de la demanda *-17 de enero de 2020 (folio 161)-* en consideración a que la historia laboral que se incorporó junto con el expediente administrativo, da cuenta de cotizaciones realizadas hasta la data precitada.

INTERESES MORATORIOS.

En relación con los intereses moratorios, basta decir que estos tienen una naturaleza resarcitoria y no de carácter sancionatorio como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia entre otras en la SL3736-2019.

Con fundamento en lo anterior, se tiene que en el caso del demandante, radicó la petición de reconocimiento pensional el 6 de septiembre de 2019, fecha para la cual ya acreditaba los requisitos para la causación del beneficio pensional, empero dado que el reconocimiento de la prestación se está ordenando desde el 1 de febrero de 2021, calenda que no fue objeto de reparo por el accionante, los intereses moratorios, empezaran a correr una vez vencida esa mensualidad, ya el pago se debía realizar culminado el mismo, es decir, a partir del 1 de marzo de 2021, los que se causaran hasta que se efectuó el pago del retroactivo generado desde el 1 de febrero de 2021.

En los anteriores términos la sentencia de primera instancia será modificada, solo respecto de la cuantía de la pensión y la fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios, mientras que en los restantes aspectos se confirmara.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el

actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, razón por la cual no tiene cabida los argumentos expuesto por el recurrente para exonerarlo de este rubro, más cuando se trata de un tema reiterado.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida el 04 de marzo de 2022, por el Juzgado 11° Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez del accionante en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$908.526, a partir del 1 de febrero de 2021, según se expuso.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 1 de marzo de 2021 hasta que se efectuó el pago del retroactivo pensional generado desde el 1 de febrero de 2021, conforme se expuso.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

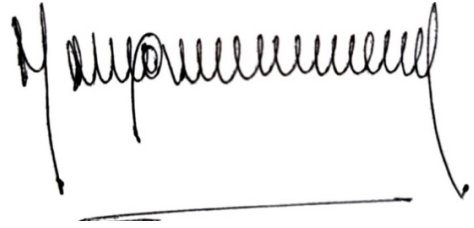
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



MILLER EQUIVEL GAITAN



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2018-00250-01

Bogotá D.C., febrero 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **DANIEL HUMBERTO FLOREZ ZAMBRANO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A./ VINCULADO AFP PROTECCION SA.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: AFP PORVENIR SA Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se entiende reasumido el poder al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ quien actúa como abogado principal de Porvenir SA, conforme a poder que reposa en el expediente. Se reconoce personería jurídica como apoderada principal a la abogada CLAUDIA LILIANA VELA CC 65701747 y TP 123148 del CSJ, en su condición de representante legal de CAL 6 NAF ABOGADOS SAS a quien Colpensiones otorgo poder general, y a NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ CC 1.018.463 y TP 302039 del CSJ como su apoderado sustituto, según poder allegado.

El demandante, AFP PORVENIR y COLPENSIONES, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 18 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **DANIEL HUMBERTO FLOREZ ZAMBRANO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad del traslado efectuado a la AFP PORVENIR SA, por ausencia de información, y que debe trasladarlo a Colpensiones, y devolver todos los aportes y rendimientos efectuados en el RAIS, igualmente que tiene derecho a recibir 50 SMLV de que trata el literal b del artículo 271 de la ley 100/93 como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional.
- Condenar a porvenir SA a trasladar a Colpensiones los aportes realizados junto con los rendimientos generados, comisiones sin descuento por gastos de administración o comisiones; a cancelar la multa consagrada en el literal b del artículo 271 de la ley 100/93 por conducta atentatoria contra el derecho pensional.
- Que se condene a las demandas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 1 de 2018, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de mayo 13 de 2019 (Colpensiones) y julio 19 de 2021(porvenir) donde se ordena vincular a la AFP PROTECCION SA, y COLFONDOS SA; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito. Protección SA una vez notificada contesto la demanda en tiempo como consta en auto de octubre 14 de 2021, y Colfondos SA en auto de enero 25 de 2022, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 13 de julio de 2022, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **DANIEL HUMBERTO FLOREZ ZAMBRANO**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado por el demandante a través de PORVENIR SA el 17 de mayo de 1995; declarar que nunca se trasladó al RAIS, y siempre permaneció en el RPM; ORDENAR a la AFP PORVENIR SA trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor con sus rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje del fondo de garantía de pensión

mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas de seguros previsionales debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones; Ordenar a Colfondos SA remitir a Colpensiones los dineros recaudados por gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliado, debidamente indexados; ordeno Colpensiones recibir los dineros de los fondos condenados y actualizar la historia pensional del demandante; Declarar que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originadas en la omisión del fondo de pensiones. ; DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Porvenir, Colfondos y Colpensiones; Absolver a Protección SA, de todas y cada una de las pretensiones ; Condenar en costas a las demandadas Provenir, Colfondos y Colpensiones.; y **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El fallo fue apelado por Porvenir quien no comparte de la decisión, pues en el proceso si se acreditó el deber de información, ya que para 1995 solo se exigía la firma del formulario de afiliación, y en el interrogatorio de parte la actora manifestó que lo suscribió de manera libre y voluntaria.

No es viable que 23 años después del traslado se exija una prueba documental que es imposible, y según los principios generales del derecho, nadie esta obligado a lo imposible.

También en el interrogatorio confeso que si hubo una asesoría previa a la suscripción del formulario, hecha por un funcionario del fondo.

El código civil establece que la ignorancia en la ley no sirve de excusa por lo que una vez expedida la ley, se supone que todos los habitantes del país deben conocerla, el afiliado debió conocer la ley, al igual que todos los habitantes del País. Sobre los gastos de administración y seguros previsionales estas sumas están prescritas, pues también se cobran en el RPM, y no hacen parte de los aportes a pensión, y por eso la Superintendencia Financiera en su concepto ha dicho que lo único que se debe devolver en estos casos es el saldo de la cuenta de ahorros y sus rendimientos, además no se puede ordenar esta devolución porque no fue pedida en las pretensiones. Solicita se compensen los gastos de administración y seguros previsionales con los rendimientos financieros que se devuelve, igualmente no puede ordenarse la indexación de estas sumas, pues al devolverse los rendimientos financieros estarían ante una doble sanción.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia porque la interpretación de la prohibición legal de la ley 797 de 2003 de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y el actor se encuentra dentro de esa prohibición.

Respecto al encuadramiento jurisprudencial, sobre la ineficacia, no da lugar en este proceso, pues se debate cual es el régimen que le da una mayor mesada pensional, y en esto no se puede sustentar una ineficacia, pues no se trata de una falta al deber de información, al no poder adivinar cuál mesada le favorecería a futuro al afiliado. Este fallo afecta financieramente a Colpensiones, generando un detrimento patrimonial. Tampoco es viable que se condene en costas, pues Colpensiones fue un tercero que no influyo en el proceso de traslado del actor. Por eso se debe revocar la condena.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A (Invertir SA), efectuado por **DANIEL HUMBERTO FLOREZ ZAMBRANO** el día 17 de mayo de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR Y COLFONDOS SA, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP INVERTIR SA- HOY PORVENIR S.A. el 17 de mayo de 1995, luego el 23 diciembre de 2002 se trasladó a AFP COLFONDOS SA, el 24 de octubre de 2005 a Horizonte SA, y en enero 1 de 2014 retorno a AFP PORVENIR SA (F.144 contestación Porvenir).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la

posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el

régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía

de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: certificado Asofondos, SIAFP, copia página El Tiempo 2014; AFP PROTECCION SA no aportó pruebas, pues excepciono no haber tenido como su afiliado al actor; y COLFONDOS SA aportó: comunicación del Tiempo enero 9 de 2004.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 17 de mayo de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 17 de mayo de 1995, el demandante tenía 521.29 semanas (f.14 dda.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 9 de octubre de 1957 f.16 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo manifiesta, podría pensionarse en el RPM al cumplir la densidad de semanas y edad exigida; en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP INVERTIR SA/ HOY PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP INVERTIR SA/ HOY PORVENIR S.A., el 17 de mayo de 1995, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte

de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al

fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, frente a la solicitud de los AFP apelantes de no ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, se confirmara lo decidido por el a quo, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) 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.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaratoria de no probada establecida por el a quo.

COSTAS:

Respecto a la inconformidad de Colpensiones respecto a la condena en costas de primera instancia, las mismas serán revocadas, puesto que si bien la vinculación de Colpensiones al proceso es necesaria, puesto que fue precisamente del régimen de prima media que está a su cargo, que se efectuó el traslado inicial al RAIS, nada tuvo que ver en los tramites que efectuó el actor para su ingreso al dicho régimen, por tanto no es viable la imposición de costas a su cargo.

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora que se incluirían

en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

No habrá lugar a la imposición de costas a Colpensiones en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado 22 Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Revocar las COSTAS impuestas a Colpensiones en primera instancia; COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante AFP PORVENIR SA y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

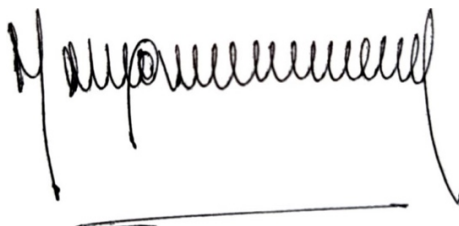
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
CALLE Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Daniel Humberto Flórez Zambrano
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2018-00250-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d6506331e2e3d2852dda1bba410ab1e025a6c11a249ed4a34ff790b741ca5d91**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2021-00028-01

Bogotá D.C., febrero 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ISIDORO PINTO CASTRO

DEMANDADO: COLPENSIONES

AFP PORVENIR S.A.-AFP PROTECCION SA.

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN: AFP PORVENIR SA Y
COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se entiende reasumido el poder al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ quien actúa como abogado principal de Porvenir SA, conforme a poder que reposa en el expediente.

PORVENIR y COLPENSIONES, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 18 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ISIDORO PINTO CASTRO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente

digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por AFP Porvenir SA el 1 de abril de 2005 por no rendir información clara, cierta, comprensible y oportuna, omitiendo el deber de información, sin permitir el derecho a retracto.
- Condenar a porvenir SA a trasladar a Colpensiones los aportes realizados junto con los rendimientos generados, comisiones sin descuento por gastos de administración o comisiones; condenar a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez.
- Que se condene a las demandas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de junio 22 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de enero 25 de 2022, en el que fue vinculada la AFP PROTECCION SA, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito. Protección SA una vez notificada contesto la demanda en tiempo como consta en auto de abril 20 de 2022, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 28 de agosto de 2022, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **ISIDORO PINTO CASTRO**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado por el demandante a través de PORVENIR SA el 5 de octubre de 1999; declarar que nunca se trasladó al RAIS, y siempre permaneció en el RPM; **ORDENAR** a la AFP PORVENIR SA trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor con sus rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas de seguros previsionales debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones; **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originadas en la omisión del fondo de pensiones: **ORDENAR A** AFP Protección SA remitir a Colpensiones los dineros que recaudo por gastos de administración durante el tiempo de su afiliación debidamente indexados; ordeno Colpensiones recibir los dineros pertinentes y actualizar la

historia laboral del demandante; Declarar que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originadas en la omisión del fondo de pensiones. ; DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Porvenir y Protección; DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión propuesta por Colpensiones, y no probadas las demás por ella propuestas; Condenar en costas a las demandadas.; y **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El fallo fue apelado por Porvenir quien no comparte de la decisión, pues para que proceda la ineficacia se debe tener en cuenta el artículo 271 de la ley 100/93, necesitándose demostrar actos que impidan ejercer la libertad de afiliación, y en este caso nunca se le coartó su libertad de afiliación, para su permanencia, y traslados entre dos fondos privados, demostrando su deseo de permanencia en el RAIS de manera libre y voluntaria.

Para el año 1999 fecha del traslado, todo se regía por la ley 100/93, solo se exigía la firma en el formulario, sin necesidad de más requisitos, y si su deseo era devolverse, debió haberlo hecho en los plazos que están contemplados en la ley, no se puede alegar la propia negligencia en su beneficio; la doble asesoría solo entro a regir a partir de las normas expedida en 2014 y 2015. El afiliado se encontraba a gusto con su afiliación al RAIS, tanto que de Porvenir se trasladó a otro fondo, y volvió de nuevo, permaneciendo por más de 20 años.

Sobre los gastos de administración los mimos no pueden devolverse porque estos no financian la pensión, y estos se causan en los dos regímenes por orden legal; en caso de no accederse a este pedido, solicita no se aplique la indexación porque al devolverse los aportes con sus rendimientos e intereses, sería una doble sanción; y respecto a los aportes para seguros previsionales, los mismos ya fueron aplicados al riesgo asegurado.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia porque la interpretación de la prohibición legal de la ley 797 de 2003 de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y el actor se encuentra dentro de esa prohibición.

Respecto al encuadramiento jurisprudencial, sobre la ineficacia, no da lugar en este proceso, pues se debate cual es el régimen que le da una mayor mesada pensional, y en esto no se puede sustentar una ineficacia, pues no se trata de una falta al deber

de información, al no poder adivinar cuál mesada le favorecería a futuro al afiliado. Este fallo afecta financieramente a Colpensiones, generando un detrimento patrimonial. Por eso se debe revocar la condena.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **ISIDORO PINTO CASTRO** el día 5 de octubre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR Y PROTECCION SA, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 5 de octubre de 1999, luego el 11 septiembre de 2003 se trasladó a AFP PROTECCION(ING), y el 7 de febrero de 2005 retorno a AFP PORVENIR SA (F.96 y 98 contestación Porvenir).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de

noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: certificado Asofondos, SIAFP, formulario de afiliación e octubre 5/99 y febrero 17 de 2005, copia página El Tiempo, comunicado de prensa, concepto Superfinanciera de enero 17 de 2020, relación de movimientos, relación de aportes, historia laboral consolidada, resumen de historia laboral OBP, certificado de afiliación; AFP PROTECCION SA aportó: formulario de afiliación noviembre 1 de 2003, SIAFP, movimiento cuenta de ahorro, concepto Superfinanciera 2015, comunicado de prensa, protocolo Protección SA.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de octubre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindó toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 5 de octubre de 1999, el demandante tenía 560.1 semanas (f.135 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 29 de diciembre

de 1956 f.41 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2018 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir el demandante había cotizado 1.594 semanas, (f.135 expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la

primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 5 de octubre de 1999, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por la demandada, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, frente a la solicitud de los AFP apelantes de no ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, se confirmara lo decidido por el a quo, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) 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.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los***

rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

No habrá lugar a la imposición de costas a Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de agosto de 2022 por el Juzgado 22 Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante AFP PORVENIR SA y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

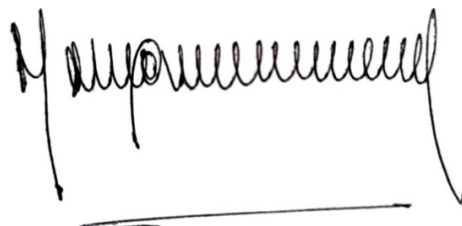
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
CALLE Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO
Aclaró voto



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Isidoro Pinto Castro
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2021-00028-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **011e252ac5a318fc03171c704ee9ce4bd08cae1e7fb281843ea5e8df4815b825**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 22-2021-00040-01

Bogotá D.C., febrero 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **EDUARDO HENRY VILLAROEL SIERRA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: COLPENSIONES/ CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El demandante a través de su procurador judicial presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 16 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **EDUARDO HENRY VILLAROEL SIERRA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado del demandante al RAIS, ante la omisión de Colfondos del deber de información. Ordenar el traslado y afiliación del demandante a Colpensiones.

-Ordenar a Colfondos la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación.

-Condenar a Colfondos en caso de haberse otorgado la pensión a seguir pagándola hasta tanto sean trasladados los recursos a Colpensiones para financiar la mesada pensional y para incluirlo en nómina.

Condena en costas; ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de julio 1 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y COLFONDOS, en tiempo, como consta en auto de julio 28 de 2021; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de agosto de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **EDUARDO HENRY VILLAROE SIERRA**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado por el demandante a través de AFP COLFONDOS SA el 10 de JUNIO de 1999; declarar que nunca se trasladó al RAIS, y siempre permaneció en el RPM; **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS SA trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración, quien está obligado a recibirlos y ajustar la historia pensional; **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por Colfondos y Colpensiones; Condenar en costas a Colfondos ; y **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

El fallo fue apelado por COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia porque la interpretación de la prohibición legal de la ley 797 de 2003 de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y el actor se encuentra dentro de esa prohibición.

Respecto al encuadramiento jurisprudencial, sobre la ineficacia, no da lugar en este proceso, pues se debate cual es el régimen que le da una mayor mesada pensional, y en esto no se puede sustentar una ineficacia, pues no se trata de una falta al deber de información, al no poder adivinar cuál mesada le favorecería a futuro al afiliado.

Este fallo afecta financieramente a Colpensiones, generando un detrimento patrimonial. Por eso se debe revocar la condena.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A efectuado por **EDUARDO HENRY VILLAROEL SIERRA** el día 10 de junio de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA, el 10 de junio de 1999 (f.67 expediente digital dda.).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información

suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP COLFONDOS SA no aportó ninguna prueba documental.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de junio de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 10 de junio de 1999, el demandante tenía 272 semanas (f.52 dda.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 41 años (nació el 25 de mayo de 1953 f.76 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo manifiesta, podría pensionarse en el RPM al cumplir la densidad de semanas y edad exigida, tanto que para 3 de septiembre de 2020 tenía 1.356 semanas(f.66 dda.); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio

que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOSS.A., el 10 de JUNIO de 1999, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto,

cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, frente a la consulta en favor de Colpensiones, se debe adicionar en el sentido ordenar la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(…) 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.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de

octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ Y ADICIONARA** la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaratoria de no probada.

COSTAS:

No habrá lugar a la imposición de costas a Colpensiones en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021 por el Juzgado 22 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP COLFONDOS SA deberá devolver la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de EDUARDO HENRY VILLAROEL SIERRA, con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

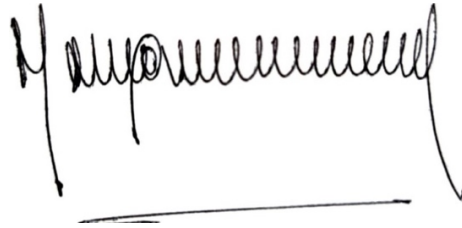
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
CALLE Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Eduardo Henry Villaroel Sierra
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2021-00040-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **986ed23ade06a785734275ece163aee011201bf58e9aed4984f4694a830bbaf2**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2021-00476-01

Bogotá D.C., febrero 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CARLOS ALBERTO YUNIS TORO**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**

AFP COLFONDOS S.A.

ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: AFP COLFONDOS SA Y
COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica al abogado NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ CC 1018.463.893 y TP 302039 del CSJ como sustituto de la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS SAS como apoderada general de Colpensiones.

El demandante y COLPENSIONES, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 18 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS ALBERTO YUNIS TORO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS SA, como aparece en expediente

digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por AFP Colfondos.
- Condenar a Colfondos a trasladar a Colpensiones los aportes realizados junto con los rendimientos generados; y a Colpensiones a aceptar el traslados y recibir los aportes y sus rendimientos: Condenar a Colfondos a asumir cualquier diferencia actuarial que deba asumir Colpensiones.
- Que se condene a las demandas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de septiembre 27 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y COLFONDOS, en tiempo, como consta en auto de enero 27 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de febrero de 2022, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **CARLOS ALBERTO YUNIS TORO**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado por el demandante a través de Colfondos SA el 19 de mayo de 2003; declarar que nunca se trasladó al RAIS, y siempre permaneció en el RPM; **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS SA trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor con sus rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas de seguros previsionales debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones; **DECLARAR** que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originadas en la omisión del fondo de pensiones; **ORDENAR** A Colpensiones recibir los dineros pertinentes y actualizar la historia laboral del demandante; **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas; Condenar en costas a Colfondos.; y **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colfondos y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El fallo fue apelado por Colfondos en forma parcial, únicamente por los gastos de administración y aportes para seguros previsionales.

Los gastos de administración son establecidos en la ley y garantizan la generación de intereses de los aportes pensionales. Así mismo, dentro de estos gastos se encuentran los aportes para las primas de seguros previsionales para eventuales pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes, los mismos son girados a las aseguradoras, y cumplieron con el cubrimiento del riesgo y no pueden ser girados a Colpensiones. Lo único que legalmente se debe devolver son los aportes con los rendimientos financieros. Dado que también el RPM existen los descuentos por gastos de administración para garantizar la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En caso que se confirme la decisión, solicita se excluya la indexación, ya que al trasladar los rendimientos financieros, se estaría dando una doble sanción.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia porque la interpretación de la prohibición legal de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y el actor se encuentra dentro de esa prohibición.

Respecto al encuadramiento jurisprudencial, sobre la ineficacia, no da lugar en este proceso, pues se debate cual es el régimen que le da una mayor mesada pensional, y en esto no se puede sustentar una ineficacia, pues no se trata de una falta al deber de información, al no poder adivinar cuál mesada le favorecería a futuro al afiliado. Por eso se debe absolver a Colpensiones.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **CARLOS ALBERTO YUNIS TORO** el día 19 de mayo de 2003; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con

prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 19 de mayo de 2003 (F.9 dda. y F.21 contestación Colfondos).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de

mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP COLFONDOS SA** aporte: historia vinculaciones SIAFP, estado de la afiliación, formulario vinculación, historia laboral válida para bono pensional, artículo del Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de mayo de 2003, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 19 de mayo de 2003, el demandante tenía 689 semanas (f.26 expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 5 de junio de 1966 f.6 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2028 (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos el demandante había cotizado 1.550semanas, (f.26 expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores

por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 19 de mayo de 2003, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por la demandada, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, frente a la solicitud de la apelante Colfondos de no ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, se confirmara lo decidido por el a quo, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de

garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(…) 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.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaratoria de no probada establecida por el a quo.

COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP COLFONDOS S.A., habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

No habrá lugar a la imposición de costas a Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de febrero de 2022 por el Juzgado 22 Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante AFP COLFONDOS SA y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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

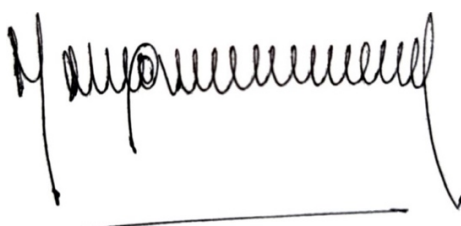


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Carlos Alberto Yunis Toro
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2021-00476-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **dcebbe36796bc92c264cd8a73feb80ee015a1165887fd54e0191074872f1b245**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 24-2021-00015-01

Bogotá D.C., febrero 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **OSCAR HENYER BELLO CUBIDES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN COLPENSIONES/ CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Colpensiones a través de su procurador judicial presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 29 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **OSCAR HENYER BELLO CUBIDES** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS administrado por Colfondos el 7 de agosto de 2001.

-Ordenar a Colfondos trasladar a **OSCAR HENYER BELLO CUBIDES** junto con todos los valores recibidos por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses y rendimientos financieros al RPM administrado por Colpensiones. Se ordene a Colpensiones recibir al afiliado sin solución de continuidad.

Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas; ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de mayo 19 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y COLFONDOS, en tiempo, como consta en auto de julio 18 de 2022; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 24 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de agosto de 2022, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación que hizo el señor **OSCAR HENYER BELLO CUBIDES** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de AFP COLFONDOS SA el 7 de septiembre de 2001; declarar que nunca se trasladó al RAIS; ORDENAR a la AFP COLFONDOS SA trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **OSCAR HENYER BELLO CUBIDES** como cotizaciones, bono pensional, con sus frutos e intereses, lo que tenga en su cuenta de ahorro individual, los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado; Ordenar a Colpensiones recibir a **OSCAR HENYER BELLO CUBIDES** como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de Colfondos.

DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas; Sin costas; **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

El fallo fue apelado por COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia porque en juzgado no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y Colfondos, y estos solo pueden producir efectos inter partes. Y el regreso del afiliado a Colpensiones genera un alto impacto financiero en las reservas de la entidad, frente a un futuro reconocimiento pensional que no se proyectó.

Ahora, la interpretación de la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003 de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y el actor se encuentra dentro de esa prohibición.

Solicita que el tribunal condene al AFP Colfondos a reparar el daño sufrido por Colpensiones, ya que quien causa el daño es quien debe repararlo, y no un tercero como en este caso es Colpensiones.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A efectuado por **OSCAR HENYER BELLO CUBIDES** el día 7 de septiembre de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA, el 7 de septiembre de 2001 (f.113 expediente digital dda.).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el

de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP COLFONDOS SA aportó: certificación SIAFP, estado de afiliación, formulario de afiliación y artículo del tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 7 de septiembre de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 7 de septiembre de 2001, el demandante tenía 320 semanas (f.136 contestación Colpensiones), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 4 de diciembre de 1963 f.91 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en 2025, tanto que para 2021 tenía 1.081.57 semanas en Colfondos(f.121 dda.); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones,

tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOSS.A., el 7 de septiembre de 2001, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por

ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018,

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

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

Del mismo modo, frente a la consulta en favor de Colpensiones, se debe aclarar en el sentido ordenar la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) 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.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ Y ACLARARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaratoria de no probada.

COSTAS:

No habrá lugar a la imposición de costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado 24 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP COLFONDOS SA deberá devolver la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de **OSCAR HENYER BELLO CUBIDES**, con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

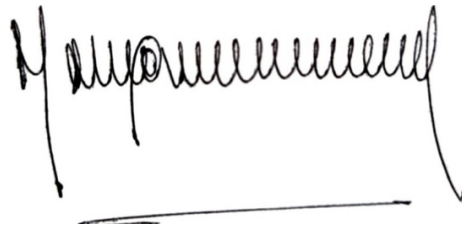
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
CALLE Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO
Aclarar voto



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Óscar Henyer Bello Cubides
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**024-2021-00015-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a17df1e06f9768a35cc249c8366c2248b6bb9283d4e4a681ef338c8d687d56dc**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 26-2019-00066-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JOSE DEL CARMEN SANDOVAL SANCHEZ**
DEMANDADO: **COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA**
MIGUEL ANGEL DIAZ GARCÍA
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18º Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de ambas partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 19 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JOSE DEL CARMEN SANDOVAL SANCHEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Que se declare que existió una relación laboral entre el señor JOSE DEL CARMEN SANDOVAL SANCHEZ, y los demandados COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA – ANDISEG LTDA y el señor MIGUEL ANGEL DIAZ GARCÍA.
2. Que se declare que dicha relación laboral inició el día 27 de abril de 2015.
3. Que se declare que dicha relación finalizó el 22 de febrero de 2016, por terminación unilateral imputable al empleador.
4. Que se declare que el último salario promedio devengado por el demandante fue de \$4.500.000.
5. Que la causal de terminación del contrato fue sin justa causa imputable al empleador, de conformidad con el artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, literal b), numerales 1, 2, 4, 6 y 8; artículo 57 del CST, por el incumplimiento de los siguientes numerales 2, 5 y 9 ; artículo 59 del CST, numeral 1), literal (a y numeral 9), del día 3 de febrero de 2016.
6. Que se declare que al momento de la terminación del contrato de trabajo no se pagó al demandante, la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST.
7. Que se declare que no se pagaron las primas de servicio causadas de conformidad con el promedio salarial devengado durante toda la relación laboral y que a la fecha se adeudan.
8. Que se declare que no se pagaron las cesantías que se causaron de conformidad con el promedio salarial devengado durante toda la relación laboral y que a la fecha se adeudan.
9. Que se declare que no se pagaron los intereses de cesantías que se causaron de conformidad con el promedio salarial devengado durante toda la relación laboral y que a la fecha se adeudan.
10. Que se declare que no se pagaron las vacaciones que se causaron de conformidad con el promedio salarial devengado durante toda la relación laboral y que a la fecha se adeudan.
11. Que se declare que no se ha pagado la liquidación final de prestaciones sociales que se originaron con causa y ocasión a la relación laboral que surgió entre las partes y que a la fecha se adeudan.
12. Que se declare que durante la relación laboral no se pagó auxilio de transporte legal y que a la fecha se adeuda.
13. Que se declare que el empleador no realizó los aportes correspondientes a seguridad social integral, causadas de conformidad con el promedio salarial devengado, generados durante toda la relación laboral y que a la fecha se adeudan.
14. Que se declare que el contrato terminó estando el demandante en estabilidad manifiesta.

- 15.** Que se declare que el empleador no realizó los pagos correspondientes a viáticos y auxilio de rodamiento descritos en el hecho 45 de la demanda.

CONDENAS:

- 1.** Que se condene a la demanda a pagar las primas causadas de conformidad con el promedio salarial devengado desde el momento que inició el contrato hasta el momento de su terminación.
- 2.** Que se condene a la demandada a pagar las cesantías causadas de conformidad con el promedio salarial devengado desde el momento que inició el contrato hasta el momento de su terminación.
- 3.** Que se condene a la demandada a pagar los intereses de cesantías causadas de conformidad con el promedio salarial devengado desde el momento en que inició el contrato hasta el momento de su terminación.
- 4.** Que se condene a la demandada a pagar las vacaciones causadas de conformidad con el promedio salarial devengado desde el momento que inicio el contrato hasta el momento de su terminación.
- 5.** Que se condene a la demandada a pagar los aportes a seguridad social integral retroactivos causadas de conformidad con el promedio salarial devengado desde el momento que inicio el contrato hasta el momento de su terminación.
- 6.** Que se condene a la demandada al pago de \$782.042 por concepto de viáticos y auxilio de rodamiento.
- 7.** Que se condene a la demandada al pago por concepto de indemnización por despido injustificado contemplado en el artículo 64 del CST, que corresponde a 65 días de salario liquidados con el último sueldo que asciende a la suma de \$10.548.810, es decir, el tiempo que hacía falta por terminar el contrato de trabajo a término fijo.
- 8.** Que se condene a al demandada a pagar la sanción contemplada en el artículo 99 del CST, por la no consignación de las cesantías del año 2016, en un fondo de pensiones y cesantías. A razón de un día de salario por cada día de mora en la consignación de las cesantías.
- 9.** Condenar a la demandada a pagar la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- 10.** Condenar a la demandada, al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, a razón de un día de salario por cada día de mora en la consignación de las cesantías.
- 11.** Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA**, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 7 de noviembre de 2019.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de septiembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JOSE DEL CARMEN SANDOVAL SANCHEZ.

CONDENÓ en **COSTAS** a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandada.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. **SALARIO:** Señala que, de conformidad con los artículo 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares, no podrán ser superiores al 40% de la remuneración. Así pues, cuando se mencionaba de un bono adicional de \$1.500.000, que de conformidad con el otro sí firmado en abril de 2015, ese bono no constituía salario por acuerdo expreso entre las partes, sin embargo, ese acuerdo entre las partes va en detrimento de una norma de carácter tributario, es decir, una norma de orden público, como es el caso del ordenamiento laboral, en ese orden, no es posible para los empleadores, como tampoco para los trabajadores, fijar acuerdos en éste sentido.

Así las cosas, el demandante estaba ejerciendo funciones de coordinador, es decir, no era un guarda común, era un coordinador de un contrato que tenía a su cargo cerca de 5 departamentos en Colombia, por lo que, se le estaba pagando una suma de \$1.000.000 que de acuerdo al otro sí, no constituía salario, empero, de conformidad con el artículo 127 del ordenamiento laboral, sí constituye salario, básicamente porque lo que está remunerando es la capacidad de trabajo, la fuerza de trabajo del trabajador, pues de admitir que no fuera salario, estaría contraviniendo una norma de derecho público.

Destaca que, al demandante se le estaba cancelando una suma adicional de \$1.092.000 por bono de rodamiento, así mismo, se le estaba cancelando la suma de \$1.500.000 por concepto de auxilio de transporte, aunado al hecho que le cancelaban viáticos por valor de \$1.000.274, teniendo en cuenta que el trabajo del demandante se desarrollaba a nivel nacional, y parte de su salario correspondía precisamente a esos viáticos, los cuales eran permanentes, esto es, pagados mensualmente, y en ese orden, conforme el artículo 127 del estatuto laboral, hacen parte del salario, por cuanto terminaban remunerando la labor personal del trabajador.

- 2. EXTREMO FINAL RELACION LABORAL:** Señala que el Juzgado de primer grado determinó como extremo final de la relación laboral el 5 de febrero de 2016, sin embargo, la empresa demandada convocó al actor a una audiencia de descargos el 23 de febrero de 2016, conforme se observa del material probatorio obrante en el expediente, lo que conlleva a pensar que no se hizo una valoración integral de las pruebas que se aportaron, pues menciona alguna de ellas, pero no de forma expresa, razón por la cual se puede concluir que, el demandante se encontraba aun vinculado para la compañía demandada para el 23 de febrero de 2016, fecha posterior a la que declaró el juzgado de instancia.

En ese sentido, no tendría razón de ser indicar que la renuncia surtiría efectos a partir del 5 de febrero de 2016, en tanto que, fue llamado a rendir descargos el 23 de febrero de 2016.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** El extremo final de la relación laboral. **2)** Sí hay lugar o no a tener como factor salarial el auxilio de transporte y los viáticos devengados por el actor.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Sea lo primero precisar, que no existe duda, que, entre el demandante y la sociedad demandada COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA, existió una relación laboral, mediante un primer contrato de trabajo a término fijo

inferior a un año, suscrito el **27 de abril de 2015**, con fecha de finalización el 26 de agosto de 2015, para desempeñar el cargo de “COORDINADOR ”conforme contrato de trabajo a término fijo visible a fls. 17 a 21 del Archivo 003 DEMANDA de Expediente digital; así como certificación obrante a folio 83 del Archivo 003 DEMANDA de Expediente digital.

DEL EXTREMO FINAL:

Señala el apoderado de la parte demandante que el Juzgado de primer grado determinó como extremo final de la relación laboral el 5 de febrero de 2016, sin embargo, la empresa demandada convocó al actor a una audiencia de descargos el 23 de febrero de 2016, conforme se observa del material probatorio obrante en el expediente, lo que conlleva a pensar que no se hizo una valoración integral de las pruebas que se aportaron, pues menciona alguna de ellas, pero no de forma expresa, razón por la cual se puede concluir que, el demandante se encontraba aun vinculado para la compañía demandada para el 23 de febrero de 2016, fecha posterior a la que declaró el juzgado de instancia. En ese sentido, no tendría razón de ser indicar que la renuncia presentada por el actor surtiría efectos a partir del 5 de febrero de 2016, en tanto que, fue llamado a rendir descargos el 23 de febrero de 2016.

Así las cosas, reposa a folio 43 del expediente digital (ARCHIVO 003), documental suscrita por el demandante con la referencia “Renuncia irrevocable Gerencia Zona - 3 Contrato SENA”, calendada el 5 de febrero de 2016, mediante la cual informa a la demandada lo siguiente:

“Con todo respeto me permito renunciar de manera irrevocable a la Gerencia de la Zona-3 en el contrato SENA/UT-SAS a partir del día de hoy por las siguientes circunstancias de carácter personal:

- *En los próximos días me practicarán una cirugía de relativa complejidad (Prostatectomía abierta) que dependiendo de los resultados me pude generar una incapacidad de uno o dos meses, limitando significativamente el cumplimiento de mis funciones al frente de la ejecución del contrato y sería irresponsable de mi parte no informarle esta situación.*
- *De otra parte tengo pendiente la entrega a la Unión Temporal de unas acreditaciones de Estudios Superiores que a la fecha no he podido obtener, porque me demanda el pago inmediato de cerca de siete millones de pesos que no he conseguido, y entendiendo que esta situación podría llegar a causar afectación a las relaciones comerciales entre la UT y el SENA, considero pertinente dimitir al cargo que venía desempeñando.”*

Posteriormente, mediante documental del 8 de febrero de 2016, el demandante dirigió comunicación al Representante Legal de la UNION TEMPORAL SAS, con sello de recibido de SEGURIDAD SUPERIOR LTDA del 8 de febrero de 2016, en

la que requiere un tratamiento digno y humanitario a situación personal, solicitando:

“- Me conceda un tiempo prudencial para buscar cuanto antes u nuevo trabajo, usted entenderá que tengo una familia (esposa y 4 hijos) que dependen de mi y no me puede echar de la noche a a mañana como un ‘vil delincuente’, solo porque no cumplí con la entrega de un documento consentido entre las partes como se lo comente en su despacho.

- *Las acusaciones de mis detractores son absolutamente falsas como lo comprobar con los documentos que le entregué en la Universidad Cooperativa, los cuales señalan que adelanté la carrera de Administración de Empresas, pero que no he podido obtener la debida certificación, porque no tengo siete millones de pesos que debo cancelar en un solo pago a dicho instituto de educación superior.*
- *De acuerdo con los documentos que le anexé a la renuncia, coloqué en su conocimiento que en próximo días en adelantarán una compleja cirugía, por lo tanto me parece totalmente injusto, reprochable e inhumano que la Unión Temporal SAS me cancele el contrato conociendo mi situación particular, por lo tanto y como se dice coloquialmente, le pido que por un momento ‘se ponga en mis zapatos’, considero que ese no es el trato que una empresa le debe dar a un empleado, por mas animadversiones y antipatías que se tengan en su contra.*
- *Doctor Cortés, usted me conoce desde hace mas de 17 años, y sabe muy bien que a mi no me están pidiendo la renuncia por la falta de un papel, de hecho tengo un Diplomado en Seguridad que adelanté en la Universidad Javeriana que podría ser equivalente, pose la Credencial de Consultor en Seguridad Privada (vigente hasta el 2018), y soy profesional en ciencias Militares; además he manejado contratos como los de CORABASTOS, LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, BANCO BBVA, ALMACENES ALKOSTOS entre otros, y últimamente y por tres años fui analista de riesgos de la Multinacional PACIFIC RUBIALES.*
- *Mi dimisión la están pidiendo porque no conexo con la mediocridad, la artimaña y la mentira, pues situaciones como las que usted muy bien conoce: como el retiro soterrado de vigilantes del SENA en horas de la noche para ser llevados a otros contratos, el incumplimiento de compromisos contractuales con el SENA, como la presentación de los ‘Análisis de Riesgos’ y las ‘consignas particulares’ de los Guardas, la negligencia en la aplicación de ‘Acciones disciplinarias’ por faltas graves de Supervisiones y guardas del contrato SENA, el incumplimiento de los ‘Cronogramas de Capacitación’ y la poca ‘Atención a los problemas y necesidades de los Guardas’; han hecho que por solo el hecho de exigir con vehemencia, respeto y firmeza su cumplimiento, me convierta para algunos funcionarios de las empresas que represento, en un ‘enemigo’ al que hay que sacar de contrato como sea.*
- *De hecho usted recordará el ‘mal trato’ del que fui objeto por parte de SEGURCOL, cuando en noviembre del año pasado, sin ninguna explicación me negaron los viáticos estando en San Agustín (Huila) a mas de 900 km de Bogotá y sin un peso en el bolsillo, me vi obligado a conseguir dinero prestado para poderme devolver, y la empresa se demoró dos meses en hacer el respectivo reembolso, y todo como retaliación por exigir el cumplimiento de compromisos contractuales.*
- *De otra parte, resulta absolutamente irónico y casi risible que justo en el momento que pido el mejoramiento de mi condición salarial (recordará que gano menos que un coordinador) reciba como respuesta un burdo montaje, en el cual me hacen creer que es el cliente el que está pidiendo mi retiro y que para proteger el contrato con el SENA, debo renunciar.*
- *Pareciera que toda persona que intenta trabajar para el contrato SENA de manera honesta, profesional y ética, está condenada a una sistemática*

persecución, para la muestra está lo que sucedió con mi antecesora la Doctora DALIS MORA ORTIZ y con la Coordinadora de Seguridad, señora JULIA GIRALDO, quienes fueron acosadas hasta que lograron sacarlas del contrato; cuando ellas me contaron lo que les había pasado, no les creí, pero ahora que vivo en carne propia la misma situación, les doy toda la razón; pero quizás lo que mas lamento es que usted a quien considero una persona ecuánime, justa y muy humana; permita que algunas personas, manipulen con artificios, cizaña y perversas componendas el manejo del recurso humano de la organización.

- *Para finalizar, le perdería (Sic) con todo respeto, que tomara muy en cuenta el concepto que tienen sobre mi trabajo los Doctores Pedro Barrantes Quintero, Juan Carlos Pote Cifuentes y Daniel Perez Muñoz, quienes son los que finalmente pueden evaluar objetivamente mi gestión al frente de la Zona-3; así mismo la concepción que en el momento poseen los Guardas sobre el apoyo que les ha brindado el suscrito en todas las regionales*

Es por todo lo anterior, que le pido con todo respeto que reconsidere mi situación particular y como gesto digno y humanitario, me permita cumplir en los próximos días con mi cirugía y una vez salga de la misma, procederé a la respectiva renuncia de acuerdo a su solicitud.”

Anexa igualmente correo electrónico calendada del 10 de febrero de 2016, haciendo un recuento de los hechos antes mencionados, solicitando nuevamente que su renuncia se haga efectiva después de su cirugía en el Hospital Militar, máxime por cuanto su solicitud anterior no había sido contestada para dicha data, adjuntando historia clínica del actor (fls. 46 a 66 ARCHIVO 003).

Así mismo, correo electrónico del 9 de febrero de 2016, en el que le informan al demandante que se encontraba citado ese día a las 3:00 PM, para la entrega de su cargo, y la formalización de su renuncia irrevocable al cargo, presentada el 5 de febrero, sin que el actor se haya presentado, razón por la cual le insisten sobre la importancia de su asistencia para la entrega y finalización de la relación laboral (fl. 46 ARCHIVO 003).

Por otro lado, reposa misiva del 18 de febrero de 2016, mediante la cual, citan al demandante, con asunto “PLIEGO DE CARGOS”, en el que le indican:

“Por medio de la presente me permito correr pliego de cargos y citarlo a diligencia de descargos, la cual se llevará a cabo el día martes 23 de febrero de 2016, a las 08:00 am en las instalaciones de la compañía, por haber presentado para su vinculación documentos falsos, como son le título universitario de Universidad Cooperativa de Colombia, lo que a la luz del artículo 62, literal A) numeral 1 del CST constituye justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

Le informo que la diligencia de descargos es la oportunidad para presentar pruebas y esgrimir los argumentos que pretenda hacer valer a su favor.

Lo anterior en cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 58 del reglamento de trabajo. ”

Mediante correo electrónico del 22 de febrero de 2016, el demandante ratifica su voluntad de renunciar de manera irrevocable al cargo de gerente de la zona-3 dentro del contrato SENA/UT-SAS y para tal efecto adjunta nueva renuncia dirigida a la Gerencia General de la Empresa ANDISEG (folio 68 Archivo 003 DEMANDA expediente digital).

Mediante documental del **22 de febrero de 2016**, la señora NIDIA CONSTANZA CASTRO BUSTOS, en calidad de directora de Gestión Humana, acepta la renuncia presentada por el señor JOSE DEL CARMEN SANDOVAL SANCHEZ el día 22 de febrero de 2016, siendo efectiva a partir del 5 de febrero de 2016 (folio 71 del ARCHIVO 003 DEMANDA del expediente digital).

Que respecto del derecho de petición presentado por el actor, solicitando el pago de prestaciones sociales, vacaciones, salarios, intereses de cesantías e indemnización a que haya lugar, le fue contestado mediante documental del 8 de mayo de 2018, indicó que al revisar la base de datos y el sistema de nómina encontraron que su liquidación arrojó el valor de cero pesos, teniendo en cuenta que el actor había solicitado un préstamo mediante libranza a la compañía COMERBAS SAS (folio 81 ARCHIVO 003 DEMANDA Expediente digital).

Teniendo en cuenta la anterior documental, debe tenerse en cuenta el demandante presentó una primera carta de renuncia irrevocable el 5 de febrero de 2016, la cual no fue contestada inmediatamente por la accionada.

No obstante lo anterior, presentó una nueva solicitud a la sociedad demandada solicitando que la anterior renuncia fuera aceptada con posterioridad a su cirugía, la cual tampoco fue contestada por la accionada.

Finalmente, con ocasión a la tercera comunicación del 22 de febrero de 2016, mediante la cual el demandante ratifica su voluntad de renunciar de manera irrevocable al cargo de gerente de la zona-3 dentro del contrato SENA/UT-SAS, fue que la sociedad demandada aceptó la renuncia el mismo 22 de febrero de 2016, siendo efectiva a partir del 5 de febrero de la misma anualidad.

Conforme el recuento anterior, debe precisarse que la relación laboral se mantuvo vigente, por lo menos hasta el 22 de febrero de 2016, fecha en que la accionada aceptó la renuncia presentada por el actor desde el 5 de febrero de 2016, por lo que se concluye que formalmente la relación con anterioridad al 22 de febrero de 2016 no había finalizado, pese a las 2 insistencias que hizo el demandante ante la empresa demandada.

Aunado a lo anterior, se insiste que mediante comunicación del 18 de febrero de 2016, la empresa demandada citó al señor SANDOVAL SÁNCHEZ el 23 de febrero de 2023 para diligencia de descargos, y si bien no se tiene certeza si el actor asistió, pues no fue aportado al plenario documental alguna o acta sobre la diligencia adelantada el 23 de febrero de 2016, lo cierto es que ésta situación conduce a concluir que efectivamente la relación laboral no se dio por terminada sino hasta que formalmente la empresa aceptó la renuncia presentada por el actor.

Así las cosas, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar como extremo final de la relación laboral el **22 de febrero de 2016**, fecha en la cual, la demandada dio respuesta efectiva a la renuncia irrevocable presentada por el señor JOSE DEL CARMEN SANDOVAL SÁNCHEZ.

DEL SALARIO:

Por otro lado, señala que, de conformidad con los artículo 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares, no podrán ser superiores al 40% de la remuneración. Así pues, cuando se mencionaba de un bono adicional de \$1.500.000, que de conformidad con el *otro sí* firmado en abril de 2015, el cual en principio ese bono no constituía salario por acuerdo expreso entre las partes, lo cierto es que, ese acuerdo entre las partes va en detrimento de una norma de carácter tributario, es decir, una norma de orden público, como es el caso del ordenamiento laboral, en ese orden, no es posible para los empleadores, como tampoco para los trabajadores, fijar acuerdos en éste sentido, razón por la cual, de conformidad con el artículo 127 del ordenamiento laboral, sí constituye salario, básicamente porque lo que está remunerando es la capacidad de trabajo, la fuerza de trabajo, pues de admitir que no fuera salario, estaría contraviniendo una norma de derecho público. Destaca que, al demandante se le estaba cancelando una suma adicional de \$1.092.000 por bono de rodamiento, así mismo, se le estaba cancelando la suma de \$1.500.000 por concepto de auxilio de transporte, aunado al hecho que le cancelaban viáticos por valor de \$1.000.274, teniendo en cuenta que el trabajo del demandante se desarrollaba a nivel nacional, y parte de su salario correspondía precisamente a esos viáticos, los cuales eran permanentes, esto es, pagados mensualmente, y en ese orden, conforme el artículo 127 del estatuto laboral, hacen parte del salario, por cuanto terminaban remunerando la labor personal del trabajador.

Así pues, se hace imprescindible acudir a las normas que consagran los factores que constituyen salario y los que no para entrar a determinar si lo percibido por la actora como comisión, debe ser considerado como salario para efectos de re

liquidar las prestaciones y acreencias laborales, encontrando sobre el particular que el art. 127 del C.S.T. preceptúa:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

Por su parte, el artículo 128 de la misma norma señala que **NO** constituyen salario los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyan salario en dinero o en especie.

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisar la documental obrante en el plenario, se observa otro si al contrato de trabajo celebrado entre la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA y SANDOVAL SANVCHEZ JOSE DEL CARMEN, en la que se dispuso:

“Entre las partes que conforman el contrato de trabajo, de un lado la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA, y del otro lado, el trabajador SANDOVAL SANCHEZ JOSE DEL CARMEN CC 11306050, hemos acordado por mutuo consentimiento modificar la siguiente cláusula del contrato de trabajo:

CLAUSULA PRIMERA: *La remuneración que devengara el trabajador será de un salario mensual de UN MILLON DE PESOS M/CTE (\$1.000.000), más prestaciones de Ley, adicional por concepto de medio de transporte un valor mensual de un millón quinientos mil pesos M/CTE, (\$1.500.000) el cual no forma parte del salario ni factor prestacional.”*

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el auxilio de transporte tiene como finalidad reembolsar al trabajador parte los gastos de transporte en que incurre para desplazarse a su sitio de trabajo, por lo tanto, su naturaleza no es salarial en tanto no tiene como finalidad remunerar los servicios prestados por el trabajador.

Al tema puede verificarse los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de casación con radicaciones Nos. 5481 del 12 de febrero de 1993, 27851 del 24 de abril de 2007 y 35154 del 20 de octubre de 2009 y mas recientemente en la SL5146 de 2020, en la que dispone:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador», así como «lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para

desempeñar a cabalidad sus funciones». Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

(...) no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo”

Así mismo, en sentencia SL4012 de 2022, nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó en un caso similar al estudiado:

“En otros términos, conforme al abanico probatorio estimado para la Sala sí existe constancia de que realmente lo otorgado por el empleador al trabajador bajo el concepto de «pagos medios de transporte, estaba destinado a facilitar la ejecución de las funciones del actor, para lo cual, conforme también quedó acreditado en el plenario debía recorrer entre 3500-4000 kilómetros mensuales, esto es, alrededor de 115 y 180 diarios en un vehículo del cual era propietario, ya que tenía que visitar diferentes fincas en donde el Ingenio adelantaba su objeto comercial, motivo por el que la llamada a juicio le reconocía dicha suma a efectos de que aquel pudiese cubrir los costos que tales recorridos le representaban como él mismo lo aceptó.

Lo previo se acompasa con lo ordenado por el artículo 128 del CST, según el cual no tienen carácter salarial aquellos pagos que no enriquecen el patrimonio del trabajador, sino que facilitan el desempeño a cabalidad de las funciones y que, se insiste, no adquieren una naturaleza distinta por el hecho de que el trabajador los destine para efectos personales, pues esa no fue la intención con la cual fueron cancelados por la empresa, de manera que, habrá de casarse la sentencia fustigada (...)”

Así las cosas, y al tenor del pronunciamiento en cita, es claro, que si bien es cierto el pago habitual de una suma revestiría eventualmente de factor salarial, también lo es que en el mismo otro sí suscrito por las partes, acordaron de mutuo acuerdo que dicha suma, que corresponde a un auxilio de transporte, no constituye factor salarial, de tal suerte que, la suscripción de la cláusula referida mantiene la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, cuando los mismos no afectan o desconocen el mínimo de derechos y garantías, conforme lo indica el artículo 13 del CST; de manera que, el convenio entre las partes, conserva plena validez y eficacia, pues aunado a que dicho aspecto no fue objeto de litigio, se tiene que tal acuerdo es permitido legalmente, manteniendo su fuerza vinculante, lo que impide las reliquidaciones pretendidas por la demandante, por lo que se **CONFIRMARÁ** su absolución.

Respecto de los viáticos, debe señalarse que el demandante no acreditó que éstos fueran permanentes, pues si bien las planillas visibles a folios 28, 29, 30 y 31 del plenario dan cuenta de unos valores por concepto de alimentación, peajes, combustible y hospedaje, relacionado en algunos días de octubre, noviembre y diciembre de 2015, y enero de 2016, lo cierto es que no se observa elemento probatorio alguno que de cuenta del pago si quiera de manera habitual de los viáticos, pues en los desprendibles de nómina aportados por las partes, visto a folios 89 y 188, no se registra valor alguno por dicho concepto, por lo tanto debe concluirse que los dineros devengados por el señor JOSÉ DEL CARMEN SANDOVAL SÁNCHEZ por concepto de medios de transporte y viáticos, se destinaban para que el trabajador pudiera desempeñar sus funciones, sumado a que lo contemplado en el *otrosí* del contrato de trabajo no deviene en una desmejora los derechos y garantías mínimas del ex trabajador, sino que los mismos eran efectivamente para ejecutar la labor en forma directa y no como contraprestación directa del servicio.

Así las cosas, teniendo en cuenta que se logró determinar que los medios de transporte y viáticos revisten el carácter de extra legal, en tanto que así fue acordado por mutuo acuerdo en otrosí, determinando su exclusión salarial, no queda otro camino que declarar que dichos conceptos no tienen el carácter de factor salarial, razón por la cual, conforme las pruebas aportadas en el plenario, se declarará que el último salario devengado por el demandante ascendía a la suma de un millón de pesos mensuales (\$1.000.000), de acuerdo a los comprobantes de nómina, y liquidación final de prestaciones sociales.

LIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES:

Finalmente, teniendo en cuenta que se declaró como extremo final el 22 de febrero de 2016, y conforme la liquidación final de prestaciones sociales, la misma fue liquidada y cancelada con corte al 5 de febrero de 2016, es procedente liquidar las prestaciones sociales, salario y vacaciones de los días faltantes de febrero conforme la declaración del extremo final en ésta instancia.

1. SALARIOS DEJADOS DE CANCELAR DEL 6 DE FEBRERO AL 22 DE FEBRERO DE 2016:

En ese orden de ideas, se tiene que el salario fijo percibido por la demandante ascendía a la suma de \$1.000.000, conforme se indicó anteriormente, razón por la cual, se **CONDENARÁ** a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir del 6 de febrero al 22 de febrero de 2016, por un valor de \$566.666,67.

2. AUXILIO DE CESANTÍAS:

El artículo 249 del código sustantivo del trabajo, indica:

“Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.”

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de Auxilio de cesantías la suma de \$47.222,22.

3. INTERESES A LAS CESANTÍAS:

Conforme el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 del año 1990, los intereses de las cesantías por el tiempo que se liquiden a razón de un interés legal del 12% anual.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se **CONDENARÁ** a la demanda por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$267,59.

4. PRIMAS DE SERVICIOS:

Conforme lo dispone el Artículo 306 del CST, la prima de servicio es una obligación de pagarle un mes de salario a sus empleados en dos oportunidades por cada quincena, prestación que se debe pagar a quienes trabajen todo el semestre o proporcionalmente.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de prima de servicios la suma de \$47.222,22.

5. VACACIONES:

De acuerdo al artículo 186 del código sustantivo del trabajo, para quienes laboran todo un año completo o proporcional, se les reconocerá 15 días hábiles consecutivos, conforme a la remuneración establecida en el artículo 192, además el artículo 189 del código sustantivo del trabajo señala que la compensación en dinero se toma como base para su compensación el último salario devengado por el trabajador.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de vacaciones la suma de \$23.611,11.

6. INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990:

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato. No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

No obstante lo anterior, no es procedente dicha condena en el presente asunto, como quiera que para el periodo 6 de febrero de 2016 al 22 de febrero de 2016, el empleador estaba en la obligación de cancelar las cesantías, mas no de consignarlas, razón por la cual se despacha ésta condena.

7. INDEMNIZACIÓN MORATORIA ART. 65 CST.

El artículo 65 del CST dispone que sí *a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

Así mismo, en sentencia SL 3936 del 2018 la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica en señalar que, en aquellos casos en los que exista controversia fundada en la existencia del contrato de trabajo, habrá lugar de la exoneración de la consignación de los derechos laborales, y por ende a la indemnización moratoria, sin embargo ello ocurre si el empleador demuestra que tuvo razones, tanto circunstanciales como jurídicamente poderosas, para discutir la calidad del contrato celebrado, de lo contrario no puede deprecarse su actuar de buena fe.

En el presente caso, la demandada aceptó la renuncia del trabajador casi 1 mes después de que éste la presentara, aunado al hecho que hasta el 22 de febrero de 2016 aceptó la renuncia a partir del 5 de febrero de 2016, peticiones que fueron reiterativas del actor, que incluso tuvo que presentar una acción de tutela para que el fuera resuelta su situación laboral.

El anterior actuar generó un perjuicio para la parte actora, al omitir, sin razón válida, el pago de las prestaciones causadas y debidas al momento de la terminación de la relación laboral, lo que configura una mala fe por parte de la accionada.

Ahora, vale la pena traer a colación la sentencia SL2805 de 2020 que adoctrinó:

*“Así las cosas, sin que resulten necesarias más consideraciones, se revocará parcialmente la decisión de primer grado y, en su lugar, se impondrá la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. Específicamente, como el trabajador devengaba una suma superior al salario mínimo legal para el año 2010, esto es, \$609.350, según lo determinó el Tribunal y no se desvirtuó en casación, además de que **la demanda fue presentada después de los 24 meses de terminada la relación laboral – 24 de octubre de 2013 (fol. 15) – solo se deben intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales, los que se causan a partir del día siguiente a la fecha en que terminó la relación laboral, esto es, 1 de diciembre de 2010.***

Así lo ha establecido esta Sala de la Corte al fijar la interpretación correcta de la referida norma, en los siguientes términos:

Esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 36577, reiterada en las CSJ SL, 3 May 2011, Rad. 38177 y CSJ SL, 25 Jul 2012, Rad. 46385, fijó su criterio sobre la sanción prevista por la norma pretranscrita, en los siguientes términos:

En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico

las expresiones “o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial”, la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique”.

La anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico.
(Subrayas fuera del texto).

Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, observa la Sala que la relación laboral que se suscitó entre las partes finalizó el 6 de abril de 2003 y la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 7 de julio de 2006 según se infiere del acta individual de reparto visible a folio 20, es decir, después de haber transcurrido 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual. En estas condiciones, al haber reclamado inoportunamente sus acreencias laborales, la demandante perdió el derecho a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retraso y solo le asiste derecho a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos. (CSJ SL10632-2014).

En igual sentido pueden verse las sentencias CSJ SL2966-2018 y CSJ SL-2140-2019, para solo mencionar estas dos.

Así las cosas, conforme la Jurisprudencia en cita, se tiene por acreditado que la relación laboral finalizó el **22 de febrero de 2016**, y la presente demanda fue radicada el **25 de enero de 2019**, conforme el acta individual de reparto visible en el Archivo 04 del expediente digital, esto es, después de haber transcurridos 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual. En estas condiciones, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, al haber reclamado inoportunamente sus acreencias laborales, la demandante perdió el derecho a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retraso y solo le asiste derecho a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos.

En consecuencia, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, a pagar al actor intereses moratorios sobre las sumas adeudadas en dinero, por salarios y prestaciones sociales, en los términos previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, a partir del 23 de febrero de 2016.

Finalmente, vale la pena precisar que para el 5 de febrero de 2016, fecha en la cual se le liquidó definitivamente las prestaciones sociales, se compensó de manera definitiva la libranza que el actor había solicitado a la empresa demandada, de conformidad con la liquidación obrante a folio 82 del archivo "003.

DEMANDA” del expediente digital, razón por la cual no se descontará valor alguno de la liquidación efectuada en la presente decisión.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Ahora bien, con relación a la excepción de prescripción se advierte que el contrato de trabajo se dio por terminado el 22 de febrero de 2016, que el demandante mediante derecho de petición del 7 de marzo de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y finalmente, radicó la presente demanda el día 25 de enero de 2019, tal y como consta del acta de reparto visible a folio 004 del expediente digital, sin que por tanto haya operado el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de septiembre de 2021, para en su lugar **DECLARAR** que entre el señor JOSE DEL CARMEN SANDOVAL SÁNCHEZ y la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA existieron varios contratos de trabajo a término fijo, el cual inició el 27 de abril de 2015 y se dio por terminado el 22 de febrero de 2016 por renuncia presentada por el demandante, devengando un último salario por la suma de \$1.000.000.

SEGUNDO: CONDENAR a la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA a reconocer y pagar a favor del señor JOSE DEL CARMEN SANDOVAL SÁNCHEZ las siguientes sumas de dinero:

- a. La suma de \$566.666,67 por concepto de salarios dejados de percibir desde el 6 de febrero de 2016 al 22 de febrero de 2016.

- b. La suma de \$47.222,22 por concepto de auxilio de cesantías.
- c. La suma de \$267,59 por concepto de intereses a las cesantías.
- d. La suma de \$47.222,22 por concepto de prima de servicios.
- e. La suma de \$23.611,11 por concepto de vacaciones.
- f. Por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, a pagar al actor intereses moratorios sobre las sumas adeudadas en dinero, por salarios y prestaciones sociales, en los términos previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, a partir del 23 de febrero de 2016.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

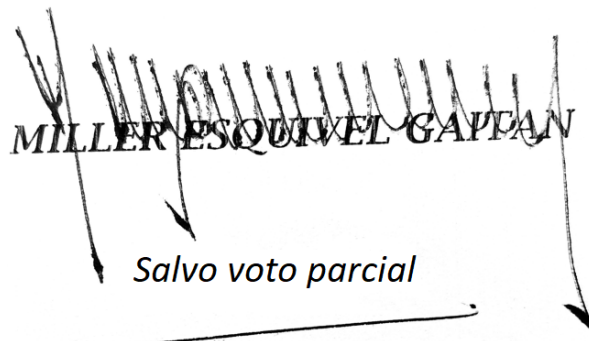
CUARTO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITAN

Salvo voto parcial



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [26-2019-00066-01](https://expediente.digita.gov.co/expediente/26-2019-00066-01)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2021-00228-01

Bogotá D.C., febrero 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ORLANDO ACEVEDO BALLESTEROS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.-AFP PROTECCION SA.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN: AFP PORVENIR SA /
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada Porvenir SA y el grado jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se entiende reasumido el poder al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ quien actúa como abogado principal de Porvenir SA, conforme a poder que reposa en el expediente. Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES cc 37.627.008 y TP. 221.228 del CSJ, conforme a la sustitución otorgada por la apoderada general de Colpensiones MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA cc 1.037.639.320 y TP.288.820 del CSJ como representante legal de ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general que anexan.

La demandante, PORVENIR y COLPENSIONES, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo

ordenado en auto de 22 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ORLANDO ACEVEDO BALLESTEROS** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por AFP Porvenir SA en octubre de 1998 por no rendir información clara, cierta, comprensible y oportuna, igualmente el traslado efectuado en octubre de 1999 a AFP COLMENA SA hoy PROTECCION SA.
- Condenar a porvenir SA a trasladar a **ORLANDO ACEVEDO BALLESTEROS** junto con los valores recibidos, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, sus frutos e intereses, los rendimientos y gastos de administración pagado al RPM administrado por Colpensiones.
- Se ordene a Colpensiones recibir en el RPM a **ORLANDO ACEVEDO BALLESTEROS** y mantenerlo sin solución de continuidad.
- Que se condene a las demandas en las costas y agencias en derecho. Ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de octubre 28 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de abril 29 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 26 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 14 de julio de 2022, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **ORLANDO ACEVEDO BALLESTEROS**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; **ORDENAR** a la AFP PORVENIR SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados, con rendimientos financieros, y sin lugar a descuento alguno por administración; Condenar a AFP Protección SA que remita a Colpensiones lo descontado por gastos de administración. Condenar a Colpensiones a aceptar dichas transferencias y contabilizar para todos los efectos las semanas cotizadas por el demandante;

DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Porvenir y Protección; DECLARAR no probadas las excepciones propuestas; Condenar en costas a las demandadas Porvenir y Protección.; y **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando la revocatoria del fallo, al considerar que Porvenir SA si cumplió con el deber de información que se exigía para la época (1995) pues lo único que se exigía era la suscripción del formulario de afiliación, que es un documento público que se presume autentico y no fue tachado por la demandante.

No se puede obligar a los fondos a brindar una información que fue obligatoria con base en una ley muy posterior a la afiliación. Se cuenta además con el interrogatorio de parte donde la demandante certifica que si se le brindo una información adecuada.

Se debe aplicar el principio general del derecho que establece que la ignorancia en la ley no sirve de excusa, y la demandante estaba obligada a conocer la ley, y por tanto debía estar enterada de los requisitos contenidos en la ley 100/93 para su traslado al RAIS.

Sobre los gastos de administración y seguros previsionales la ley los establece para los dos regímenes, y es el 3% del aporte, y no forma parte integral de la financiación de la pensión de vejez, por tanto, si opera la prescripción en favor del AFP, por lo que se debe declarar probada la excepción sobre este punto.

La SIF en concepto de 2020 estableció que cuando se anula o declara ineficaz un traslado el fondo privado solo devuelve los aportes y sus rendimientos financieros, ya que los gastos de administración se utilizaron para administrar las cotizaciones del afiliado, y los seguros previsionales cubrieron el riesgo asegurado, por tanto, no se deben devolver. El devolver estos dineros constituiría un enriquecimiento sin casusa de Colpensiones.

Solicita que como se está declarando la ineficacia y las cosas vuelven a su estado anterior, se debe ordenar devolver los aportes y los rendimientos que se pudieren haber generado en el RPM. En caso de no acoger esta petición, solicita compensar los rendimientos financieros que produjo el AFP con los gastos de administración y seguros previsionales, devolviendo solo lo que exceda a lo que pudiere haber percibido en el RPM.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **ORLANDO ACEVEDO BALLESTEROS** el día 30 de octubre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA Y PROTECCION SA, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de octubre de 1998, luego el 21 octubre de 1999 se trasladó a AFP COLMENA SA hoy PROTECCION SA, y el 1 de abril de 2000 retorno a AFP PORVENIR SA (a través de ING SA) (F.29 contestación Protección).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir

que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas*

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA aportó: SIAFP, formulario de afiliación de 1998 y 2001, bono pensional, historia laboral, relación histórica de movimientos, relación aportes cuenta de ahorro individual, repuesta a petición, copia página El Tiempo, comunicado de prensa, concepto Superfinanciera de enero 17 de 2020; AFP PROTECCION SA aportó: formulario de afiliación Colmena octubre 1999,

movimiento cuenca de ahorro individual, estado actual de afiliación, SIAFP, respuesta a petición, políticas para asesorar y vincular personas naturales, concepto Superfinanciera 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de octubre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 30 de octubre de 1998, el demandante tenía 195.5 semanas (f.106 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 18 de abril de 1960 f.41 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM cuando reúna la densidad de semanas exigidas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir el demandante había cotizado 1.096 semanas, (f.106 contestación Porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado en la apelación, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 30 de octubre de 1998, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del

traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por la demandada, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado **información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen***

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, frente a la solicitud del AFP apelante de no ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, se adicionara lo decidido por el a quo, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, a la devolución de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(…) 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.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso

los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2022 por el Juzgado 26 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán AFP PORVENIR SA, al igual que el AFP PROTECCION SA durante el lapso que estuvo vinculada a ese fondo, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante AFP PORVENIR SA y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

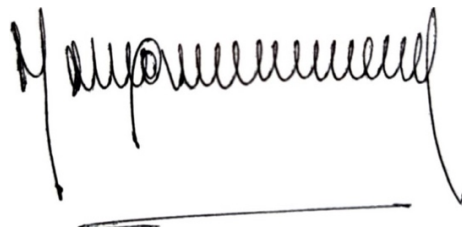
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
CALLE Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Orlando Acevedo Ballesteros
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2021-00228-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d2076c6faf71bab2e152f3bd2af2c519bcf2ebc6dd145368e7791741b38019a**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 028-2021-00374-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de Dos Mil Veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JAIME HUMBERTO MONROY CUBILLOS**
DEMANDADOS: **UGPP**
ASUNTO : **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

SENTENCIA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 28º Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JAIME HUMBERTO MONROY CUBILLOS**, instauró demanda ordinaria laboral contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (Folio 4-9 cuaderno 1 del expediente digital):

PARTE CONDENATORIA:

1. **CONDENAR** a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación convencional, a partir del 30 de junio de 2003, teniendo en cuenta todo los factores salariales devengados, tales como asignación básica, incremento por servicios prestados, recargos nocturnos, dominicales y festivos, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, vacaciones, prima de vacaciones y prima técnica.
2. **CONDENAR** a la pasiva a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
3. Costas procesales

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP** dio contestación al escrito de demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe e innominada o genérica (folio 1 - 5 carpeta 8 del expediente digital).

El Juzgado de origen, mediante auto de fecha 29 de junio de 2022, admitió el escrito de contestación presentado por la pasiva (carpeta 11)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 28 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 31 de agosto de 2022, profirió sentencia en el siguiente sentido:

“PRIMERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, por el demandante el señor JAIME HUMBERTO MONROY CUBILLOS, conforme lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones formuladas por la demandada denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, conforme lo considerado en esta sentencia
TERCERO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la parte demandante. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$150.000 a favor de la parte demandada.

CUARTO: Si no fuere apelada la presente decisión consúltese con el Superior.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, *“solicito al Honorable Tribunal de Bogotá-Sala Laboral, que se revoque la decisión proferida en esta instancia y en consecuencia se accedan a las pretensiones de la demanda, esto es que se condené a la UGPP a reliquidar la pensión de jubilación convencional de mi poderdante a partir del 30 de junio de 2003, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados de acuerdo a lo estipulado en el artículo 98 de la mencionada Convención colectiva, suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato de trabajadores de la seguridad social, teniendo en cuenta la asignación básica mensual, la prima de servicios y de vacaciones, auxilio de alimentación y transporte, valor de trabajo nocturnos y suplementario y en horas extras, y el valor del trabajo en días dominicales y feriados, lo anterior teniendo en cuenta que, este apoderado antes de iniciar el proceso judicial que hoy nos convoca, hizo la respectiva liquidación de los factores salariales o dinerarios, mediante los cuales la UGPP o en su momento los Seguros Sociales, tuvo que haber reconocido la pensión e jubilación de mi poderdante, sobre esta liquidación se generan unos valores, unas diferencias dinerarias, que es el motivo por el cual se inicia este proceso ordinario laboral, que sin embargo este apoderado judicial durante el trámite del proceso, durante las pruebas documentales que fueron aportadas a este proceso o las respuestas que ha dado UGPP no se ha permitido o no se ha podido establecer cuál es el error matemático, que ha tenido esta entidad al momento de reconocer y reliquidar la pensión de jubilación convencional, pero para la liquidación que hace este apoderado se siguen generando las diferencias, por lo cual solicito al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, que se hagan la verificaciones de la liquidación de la pensión de jubilación convencional y además las sumas que se generen por concepto de retroactivo de la reliquidación sea debidamente indexadas y se revoquen las costas en esta instancia.”*

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente reliquidar la pensión convencional reconocida a favor del señor JAIME HUMBERTO MONROY CUBILLOS, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales enunciados en el texto convencional.

CALIDAD DE PENSIONADO:

Sea lo primero señalar que en esta instancia no existe controversia que el ISS mediante Resolución n.º 01092 del 11 de septiembre de 2002, le reconoció y pago a

favor del demandante una pensión de jubilación con fundamento en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, en cuantía de \$1.424.998, a partir del 30 de junio de 2002 (folio 21 carpeta 1 del expediente digital). Así mismo, está probado a través del Acto Administrativo n.º 01137 del 29 de julio de 2009, el ISS reliquidó la prestación del actor, a partir del 30 de junio de 2002 en la suma de \$1.560.462 (folio 15, carpeta 1), beneficio pensional que fue nuevamente reliquidado por medio de la Resolución n.º 000275 del 28 de junio de 2010, en un cifra igual a \$1.584.600, desde el 30 de junio de 2002 (folio 82 expediente administrativo)

RELIQUIDACIÓN MESADA PENSIONAL:

Pretende el demandante la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida con fundamento en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales que describe el mencionado precepto jurídico: *“Que se condene a la Unidad de Gestión de Pensión y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP a reliquidar la Pensión de Jubilación Convencional del señor Jaime Humberto Monroy Cubillos a partir del 30 de junio de 2003, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados tales como: asignación básica, incremento por servicios prestados, recargos nocturnos, dominicales y festivos, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, vacaciones, prima de vacaciones, prima técnica de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001.”* (Folio 4 cuaderno 1 del expediente digital)

Luego entonces es claro que el fundamento normativo de la mencionada reliquidación es la convención colectiva, por lo que para estudiar la causación de cada una se requiere de manera inexorable el aporte de la convención colectiva junto con la constancia de depósito.

Lo anterior, por cuanto el artículo 467 del CST establece que la Convención Colectiva de Trabajo es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores por otra parte, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

Así mismo, el artículo el artículo 469 del CST señala la forma como debe celebrarse la convención colectiva para que produzca efectos, esto es, por escrito, en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más que se depositará a más tardar dentro de los 15 días siguientes a su firma, ante el Ministerio de la Protección Social.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL 978 de 2018 y 24316 de 2005, ha aseverado que las convenciones colectivas se equiparan a un medio probatorio, atendiendo a que son normas de alcance particular y carecen de la aplicación nacional propia de las leyes del trabajo. Así mismo, ha destacado que el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo les otorga un carácter solemne, de manera que, deben ser aportadas como pruebas en todo proceso ordinario laboral, con la respectiva acta de depósito ante la autoridad administrativa del trabajo, exigencia esta última, que de acuerdo con el artículo 469 del C. S. del T. es imprescindible para acreditar la existencia de un convenio colectivo de trabajo, en tanto que sin el lleno de ese requisito legal la convención no produce efecto alguno.

Al respecto resulta pertinente traer a colación las sentencias SL3495 de 2014 y SL1351 de 2002, en las que se indicó: *“En sede de instancia, esta Sala no podría pasar por alto que la copia de la convención visible a fls. 94 a 169 no tiene la constancia o registro de haber sido depositada dentro de los 15 días siguientes a su firma ante la autoridad del trabajo correspondiente; es bien sabido, conforme a lo dispuesto en el artículo 469 del CST, que sin este depósito, la convención colectiva no puede producir efectos.*

Atendiendo lo expuesto, esta Sala de Decisión, procedió a examinar el expediente en busca de la convención colectiva de trabajo invocada como soporte de la reliquidación pretendida, es decir, antes de incursionar en el análisis de fondo de los cuestionamientos, se procedió a indagar sobre la fuente del derecho debatido, a fin de establecer la forma de liquidación de pensión de jubilación, más concretamente los factores salariales que se debían computar o incluir; sin embargo, no encontró el citado acuerdo con la constancia de depósito, razón por la cual no es posible acceder a las súplicas de la demanda, y si bien no se desconoce que el demandante fue beneficiario de la convención, lo que generó a su favor el derecho pensional - *situación que no está siendo objeto de discusión*- no por ello se debe dar validez al texto convencional incorporado al plenario, ya que para la verificar si la liquidación de esa prestación, se ajustó al acuerdo, se requería aportar la convención con la solemnidad reseñada.

Por otra parte, el Juzgado de conocimiento absolvió bajo el argumento que la entidad incluyó para la calenda en que fue reconocida la prestación, la totalidad de factores salariales que describe el acuerdo convencional, consideraciones que conllevaron a

que el recurrente, en este caso el demandante, insistiera en la reliquidación pretendida, lo que indica que el tema relacionado con la falta de aportación de la constancia de depósito no fue objeto de apelación, pero se repite al no cumplirse con la solemnidad enunciada, no es posible atender a los requerimientos efectuados en la demanda, pues para su estudio se exigía que el fundamento contentivo de la prestación se allegara al expediente con la exigencia legal, el cual debe ser revisados previamente en cualquier instancia, máxime cuando la pasiva expuso en sus argumentos de defensa, oponerse a las pretensiones por carecer de fundamento legal y constitucional, además de atenerse al contenido literal de los documentos:

“Me opongo a todas y cada una de las pretensiones condenatorias perseguidas por la parte demandante, por las razones que se exponen en la presente contestación, teniendo en cuenta que carecen de sustento legal y constitucional, puesto que mi representada ha actuado conforme al régimen jurídico aplicable al caso. (...) me atengo al contenido literal de los documentos y resoluciones que reposan en el expediente administrativo.”

Por lo anterior, al no tenerse certeza que factores se debe incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, ya que la convención aportada carece de validez, se habrá de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

Costas

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

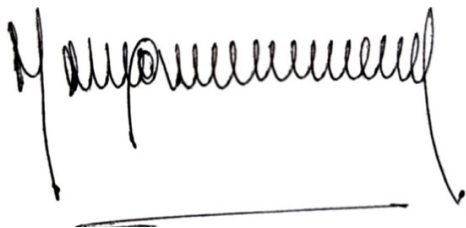
PRIMERO: CONFIRMAR POR LAS RAZONES AQUÍ EXPUESTAS la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022, por el Juzgado 28º Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No.30-2020-00388-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LINA VANESSA BERNAL CORZO**
DEMANDADO: **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDA Y DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18º Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de ambas partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 26 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **LINA VANESSA BERNAL CORZO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que se celebraron los siguientes contratos de trabajo entre LINA VANESSA BERNAL CORZO y la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS:

Contrato	Fecha inicio	Fecha terminación pactada	Fecha terminación efectiva	Salario
Primer Contrato	3 octubre 2017	15 diciembre 2017	15 diciembre 2017	\$2.801.000
Segundo Contrato	10 enero 2018	14 diciembre 2018	14 diciembre 2018	\$2.941.100
Tercer Contrato	14 enero 2019 (Suscrito el 10 de enero 2019)	13 diciembre 2019	28 febrero 2019	\$2.941.100

2. Se declare que existieron contratos de trabajo sucesivos celebrados entre las partes desde el año 2017 y hasta el último contrato celebrado el 10 de enero de 2019.
3. Se declare que el periodo de prueba establecido en el contrato de trabajo celebrado el 10 de enero de 2019 (Contrato de trabajo de 2019), entre las partes, no es válido.
4. Se declare que la terminación del contrato de trabajo el 28 de febrero de 2019 efectuada por la demandada, fue realizada en forma unilateral y sin justa causa.
5. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS a pagar a la demandante la indemnización por despido sin justa causa, la cual asciende a la suma de \$28.234.560 o la que determine el Juez, según lo que resulte probado.
6. Se condene a la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS a pagar los intereses de mora a la máxima tasa legal a la demandante, sobre la suma indemnización por despido sin justa causa, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo 2019 y hasta que se realice por la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS el pago total y efectivo a favor de la demandante o según lo determine el Juez.
- 6.1 En subsidio de lo anterior, que se condene a la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS a pagar la indexación según la variación del IPS, a la actora sobre la suma indemnización por despido sin justa causa, desde la fecha de terminación del contrato de 2019 y hasta que se realice por la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS el pago total y efectivo a favor de la demandante o según lo determine el Juez.
7. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS**, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 09 de agosto de 2021.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 30° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de octubre de 2021, **DECLARÓ** que el contrato de trabajo suscrito entre la **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS** y la señora **LINA VANESSA VERNAL CORZO**, iniciado el 14 de enero de 2019, terminó el 28 de febrero de 2019, sin justa causa por parte del empleador.

CONDENÓ a la demandada **CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS** a pagar a la señora **LINA VANESSA BERNAL CORZO** la suma de \$27.744.376 por concepto de indemnización del artículo 64 del CST, debidamente indexada desde la fecha de terminación y hasta cuando se haga el pago.

DECLARÓ NO PROBADAS las excepciones planteadas.

CONDENÓ en COSTAS a la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 a favor de la parte demandada.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de modificar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 1. CÁLCULO INDEMNIZACIÓN POR DESPISO SIN JUSTA CAUSA:** Señala que el cálculo de la indemnización se encuentra desajustado, en tanto que el calculo real asciende a la suma de \$28.234.560 equivalente a 288 días, con base en un salario de \$2.941.100, lo que corresponde a un salario diario de \$98.036,67.
- 2. INTERESES:** Solicita se reconozcan los intereses, por cuanto si bien en el CST no hay regulación frente al pago de intereses moratorios, frente a estos eventos no deja de ser una obligación dineraria, y en aplicación de las metodologías de integración del derecho que precisamente establecen que cuando no haya una norma aplicable al caso, se acude a otras Leyes similares o por analogía, por tal razón es posible aplicar el Código Civil, que

es el que regula las obligaciones dinerarias y el Código de Comercio es el que las aplica.

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se nieguen a las suplicas de la demanda, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 1. EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Señala que no existe congruencia entre las considerativas de la sentencia, con la resolutive, como quiera que indicó en la parte considerativa que en el presente caso existió solución de continuidad en las relaciones laborales, lo que quiere decir que existió una ruptura, concluyendo que existieron varios contratos de trabajo, los cuales están plenamente acreditados, no obstante lo anterior, en la parte resolutive se indicó que, no era procedente el periodo de prueba, situación que se contrapone con lo estipulado en el artículo 78, inciso tercero, en el que hace referencia única y exclusivamente a los contratos de trabajo sucesivos, es decir, en aquellos en los cuales su continuación se da a la inmediata terminación del mismo.

Adicionalmente, el Despacho citó el artículo 101, al hacer referencia al contrato de trabajo con los profesores, incluso indicó la inexequibilidad de una parte del artículo, lo que quiere decir que, tomó como fundamento de su decisión éste artículo, situación que no corresponde con la realidad contractual, en tanto que estuvo plenamente acreditado por la demandante que fungió como psicóloga, no como docente. En ese sentido, la norma es clara en establecer que el contrato de trabajo con profesores, desarrollado por el artículo 101, a pesar de ello, quedó acreditado con el interrogatorio de parte de la demandante, indicó que sus funciones eran las de psicóloga, que no se tenía asignado un grado específico, y que no dictaba ninguna cátedra, pese a todo lo acreditado, el Despacho insiste en aplicar el artículo 101, el cual no es aplicable en el presente asunto, y por lo tanto, se establece la posibilidad de suscribir contratos de trabajo a término fijo, los cuales, como en el presente asunto, al momento de finalizar el 14 de diciembre de 2018, y un contrato totalmente nuevo se comenzó a ejecutar el 14 de enero de 2019, con fundamento en la sentencia SL4816 del 25 de marzo de 2015, señala que las interrupciones que no sean ampliamente relevantes o de gran envergadura, no desvirtúa la unidad contractual, toda vez que las interrupciones de 12 o 13 días, no conducen a impedir una solución de continuidad del contrato de trabajo; sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo al presente asunto, en donde está probado que la relación tuvo ruptura por interregno superior a un mes, que lejos de ser aparentes o formales, son reales, en tanto que ponen en evidencia que

durante estos periodos, no hubo prestación del servicio, y en ese entendido el artículo 78 del CST, al prohibir el periodo de prueba en relaciones sucesivas, no tiene en cuenta la calidad del empleador, y en este punto no es importante si es institución educativa o cual es el objeto social, en ninguna norma se establece ese análisis que el Despacho realizó, máxime si se tiene en cuenta que, la demandada estaba enfrentando un nuevo reto al asumir el bachillerato internacional. Retomando, señala que era legalmente factible establecer un periodo de prueba, por cuanto era una trabajadora que no era docente, y por lo tanto, no le era aplicable los parámetros del artículo 101, y en ese sentido tiene plena validez la cláusula quinta que estableció un periodo de prueba, el cual se ajusta a derecho, por cuanto fue inferior a dos meses, y la terminación se dio dentro de éste periodo, en tanto que el periodo de prueba se extendía hasta el 14 de marzo de 2019 y la relación laboral finalizó el 28 de febrero de 2019.

Así las cosas, es claro que en el presente asunto, se debe entender que los contratos que se ejecutaron en los años 2018 y 2019, existió un rompimiento, una solución de continuidad que impide que estemos hablando de contratos de trabajo sucesivos, pues no fue uno a continuación del otro, aunado al hecho que no debe tenerse en cuenta la calidad del demandado, si es una institución educativa o no, finalmente, está acreditado que la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito el 14 de enero estableció un periodo de prueba, relación laboral que finalizó dentro de éste periodo de prueba, con fundamento en una causa legal, al tenor del artículo 606, lo que conlleva a revocar la sentencia para absolver a la demandada.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí entre la señora LINA VANESSA BERNAL CORZO y la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS existió o no un contrato de trabajo de docente establecido en los artículos 101 y 102 del CST, o diferentes contratos a término fijo. **2)** Sí la terminación del contrato de trabajo el día 28 de febrero de 2019 se realizó dentro del último periodo de prueba, y **3)** En caso afirmativo, si es procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa. **4)** Intereses por el no pago de la indemnización de que trata el numeral anterior.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Sea lo primero precisar, que no existe duda, que, entre la demandante y el demandado, existió una relación laboral, desempeñando la actora el cargo de “PSICÓLOGA”, tal como consta de los documentos allegados con la demanda y con la contestación de la misma, referentes a los contratos de trabajo, certificaciones laborales, liquidaciones de contrato, así como de lo aceptado por la parte demandada tanto en su escrito de contestación de demanda.

Ahora bien, el Juzgador de primer grado declare la existencia de un contrato de trabajo de docente establecido en los artículos 101 y 102 del CST, por su parte, aspira la parte demandada se declare la existencia de sendos contratos de trabajo a término fijo, como quiera que la demandante nunca ejerció las funciones de docente, sino que por el contrario, ejerció como psicóloga.

Así las cosas, se hace necesario entrar a analizar las pruebas allegadas al expediente a efecto de desentrañar la modalidad de la relación laboral que ató a las partes, así como los extremos de la misma.

Así mismo, reposa certificación expedida por la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS del 27 de febrero de 2019, mediante el cual certificó que la señora LINA VANESSA BERNAL CORZO laboró con un contrato a término definido como PSICÓLOGA en ésta institución:

1. Desde el 3 de octubre de 2017 al 15 de diciembre de 2017.
2. Desde el 10 de enero de 2018 al 14 de diciembre de 2018.
3. Desde el 14 de enero de 2019 al 28 de febrero de 2019.

Reposa igualmente contrato de trabajo a término definido, por la duración del año escolar 2017, celebrado el 3 de octubre de 2017 al 15 de diciembre de 2017, así como carta que data del 15 de noviembre de 2017, mediante el cual se le informa a la demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo el 15 de diciembre de 2017.

Liquidación definitiva de prestaciones sociales para el periodo comprendido 3 de octubre de 2017 al 15 de diciembre de 2017.

Contrato de trabajo a término definido celebrado entre las partes, para el periodo 10 de enero de 2018 al 14 de diciembre de 2018, con una remuneración de \$2.801.000; estableciendo en su cláusula quinta el periodo de prueba de los dos primeros meses, conforme lo disponen los artículos 76, 77, 78, 79 y 80 del CST.

Liquidación definitiva de prestaciones sociales para el periodo comprendido 10 de enero de 2018 al 14 de diciembre de 2018. Carta del 14 de diciembre de 2018

notificándole a la demandante la invitación para suscribir nuevo contrato de trabajo a término fijo el 14 de enero de 2019.

Contrato de trabajo a término definido celebrado entre las partes, para el periodo 14 de enero de 2019 al 13 de diciembre de 2019, con una remuneración de \$2.941.100; estableciendo en la cláusula quinta el periodo de prueba de los dos primeros meses, conforme lo disponen los artículos 76, 77, 78, 79 y 80 del CST.

Carta del 28 de febrero de 2019, mediante la cual la sociedad demandada le informa a la actora la decisión de terminar el contrato de trabajo suscrito el 14 de enero de 2019, finalización que se haría efectiva el 28 de febrero de 2019.

Liquidación definitiva de prestaciones sociales para el periodo comprendido 14 de enero de 2019 al 28 de febrero de 2019.

Así las cosas, debe aclararse en primer lugar que si bien al tratarse la demandada un establecimiento educativo de carácter particular, en principio los contratos que suscribiría se deberían regir con lo previsto en el artículo 101 y 102 del CST que dispone que la duración del contrato de trabajo con los **profesores** del establecimiento de enseñanza se entiende celebrado por el término del año escolar.

No obstante lo anterior, no cabe asomo de duda que la función desempeñada por la demandante no era la de profesora, sino que por el contrario, las partes fueron coincidentes en afirmar que fungió como psicóloga del colegio demandado, situación que no puede equiparar a la de un profesor, razón por la cual no puede pretender sea aplicable los artículos 101 y 102 del CST.

Ahora bien, debe traerse a colación lo sostenido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de abril de 2001, dictada dentro de la radicación 15623, en la que respecto de la regulación legal de los contratos de trabajo por virtud de los cuales se vinculan profesores de establecimientos de enseñanza particular, y particularmente respecto de las modalidades contractuales, asentó:

“(. . .)”

l) Conforme al artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, concepto que se ha entendido equivalente al de periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario.

Sin duda éste precepto desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, distinta de las que menciona el artículo 45 del mismo estatuto laboral, y junto a otras disposiciones legales conforma un régimen especial para estos servidores, algunas de cuyas particularidades son las siguientes:

*El régimen está destinado a quienes cumplan labores **en condición exclusiva de profesores** de colegios, **universidades** u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza y se explica porque los servicios de éstos trabajadores normalmente no son requeridos durante todo el año calendario ya que las vacaciones estudiantiles suelen prolongarse por varios meses durante dicho año.*

*Conforme quedó definido, **contempla una duración contractual presunta** de ahí que no requiera la forma escrita, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el período académico. **Pero la modalidad no es** forzosa o excluyente para los profesores sino **sucedánea o supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente de los contratantes**, o sea que en principio estos tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas, como a término fijo, indefinido o por la duración de determinada labor, caso en el cual se aplica a la relación laboral el régimen común establecido en la legislación para la respectiva modalidad.”*

Conforme el material obrante dentro del plenario, así como la jurisprudencia en cita, encuentra la Sala que el material probatorio obrante dentro del plenario, prueba con suficiencia que entre las partes, conforme lo indica la parte demandada, existieron diversas relaciones laborales, tal como consta en las documentales allegadas con la demanda y con la contestación de la misma, concernientes en los múltiples contratos de trabajo a término definido, las liquidaciones definitivas, certificaciones laborales; de las cuales se colige, que existieron tres (3) CONTRATOS DE TRABAJO A TERMINO FIJO, desempeñándose la demandante como PSICÓLOGA, siendo claro para la sala que dichas relaciones se sostuvieron en los períodos comprendidos entre el:

Contrato No.	Fecha Inicio	Fecha Final	Salario
1	03/10/2017	15/12/2017	\$2.801.000
2	10/01/2018	14/12/2018	\$2.941.100
3	14/01/2019	28/02/2019	\$2.941.100

Conforme lo anterior, se **MODIFICARÁ** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – PERIODO DE PRUEBA:

Así las cosas, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Conforme la documental visible en el expediente, se logra determinar que mediante misiva del 28 de febrero de 2019 la demandada le informó a la señora LINA VANESSA BERNAL CORZO la decisión de terminar el contrato de trabajo bajo los siguientes términos:

“por medio de la presente me permito informarle que la Corporación gimnasio Los Pinos ha decidido dar por terminado, de forma unilateral, el contrato de trabajo a término fijo suscrito con usted el pasado 14 de enero de 2019. Lo anterior decisión, se hará efectiva a la finalización de la jornada laboral el día 28 de febrero de 2019.

Lo anterior teniendo encuentra que usted se encontraba en el periodo de prueba establecido en la cláusula QUINTA del contrato suscrito el 14 de enero de 2019 y que en virtud del artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo, dentro de dicho periodo ‘el contrato puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso’.

En consecuencia, sírvase acercarse a Tesorería del Colegio a efectos de revisar su liquidación, para efectuarle el pago correspondiente o en caso de indicarlo por escrito y expresamente consignar a su cuenta los conceptos de liquidación y de prestaciones sociales que resulten a su favor.”

Ahora bien, la cláusula quinta de los contratos de trabajo a término fijo establecían:

“QUINTA. PERIODO DE PRUEBA: Los dos primeros meses del presente contrato de trabajo, se consideran como periodo de prueba de conformidad con los artículos 76, 77, 78, 79, 80 del Código Sustantivo del Trabajo, y por consiguiente, EL EMPLEADOR podrá dar por terminado el presente contrato sin justa causa durante este periodo.”

Aclarado lo anterior, es del caso traer a colación el artículo 78 del CST que dispone:

“ARTICULO 78. DURACIÓN MÁXIMA. <Artículo modificado por el artículo 7o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El período de prueba no puede exceder de dos (2) meses.

En los contratos de trabajo a término fijo cuya duración sea inferior a un (1) año el período de prueba no podrá ser superior a la quinta parte del término inicialmente pactado para el respectivo contrato, sin que pueda exceder de dos meses.

Cuando entre un mismo empleador y trabajador se celebren contratos de trabajo sucesivos, no es válida la estipulación del período de prueba, salvo para el primer contrato.”

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que las partes suscribieron 3 contratos de trabajo a término fijo; que la demandante, siempre desempeñó el cargo de psicóloga, y que de conformidad con la norma en cita, para aquellos contratos que se celebren de manera sucesiva, no es válida la estipulación del periodo de prueba, salvo en el primer contrato.

Consecuencia de lo anterior, la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito para el año 2019 no resulta ser válida, razón por la cual, no es procedente invocar dicha cláusula como justa causa, para dar por terminada la relación laboral.

En suma, al no existir otra causal diferente a la expuesta en la misiva del 28 de febrero de 2019, relacionada con la posibilidad de dar por terminada la relación laboral sin justa causa en el periodo de prueba, sin previo aviso, pues dicha causal resultó no ser válida, se procede a declarar que el contrato de trabajo suscrito por las partes el 14 de enero de 2019 fue terminado sin justa causa, en consecuencia, se hace acreedora la demandante de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone:

“ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> *En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.*

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

(...)”

en ese orden de ideas, si bien el contrato de trabajo suscrito para el año 2019 tenía una vigencia inicial desde el 14 de enero al 13 de diciembre de 2019, lo cierto es que se dio por terminado el 28 de febrero de 2019, siendo procedente con la indemnización por despido sin justa causa del tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado, esto es, del 1 de marzo de 2019 al 13 de diciembre de 2019, con base en un salario de \$2.941.100, arrojando una condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa por la suma de \$27.744.376, conforme lo indicó el Juzgador de primera instancia, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, despachando las súplicas del apoderado de la parte demandante en aumentar el valor por dicha condena; suma que en todo caso deberá ser reconocida de manera indexada, desde la fecha de terminación de la relación laboral hasta el momento efectivo del pago.

INTERESES MORATORIOS:

Finalmente, el apoderado de la parte demandante solicita se reconozcan los intereses de mora, por cuanto si bien en el CST no hay regulación frente al pago de intereses moratorios, frente a estos eventos no deja de ser una obligación dineraria, y en aplicación de las metodologías de integración del derecho que precisamente establecen que cuando no haya una norma aplicable al caso, se acude a otras Leyes similares o por analogía, por tal razón es posible aplicar el Código Civil, que es el que regula las obligaciones dinerarias y el Código de Comercio es el que las aplica.

Al respecto, vale la pena traer a colación reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de justicia en sentencia SL322 de 2022, mediante la cual adoctrinó la incompatibilidad que se presente al ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa indexada, junto con la condena por concepto de intereses moratorios, así:

“En lo que tiene que ver con los intereses moratorios sobre la cantidad reconocida por indemnización por despido sin justa causa, recuerda la Sala que el Tribunal precisó que no procedían en tanto se había fulminado la indexación de la condena impuesta , fundamento argumentativo que la censura lo soslaya y no ataca, evidenciando la falta de técnica en la acusación.

*No obstante, si se superara tal falencia, resulta pertinente reiterar la **improcedencia de condenas simultaneas respecto de un mismo aspecto; y como los intereses moratorios y la indexación llevan implícita la actualización de la moneda**, como ya ha tenido oportunidad de aclararlo esta Corporación en providencia CSJ SL9316-2016, el juzgador de la alzada no incurrió en el error que se le achaca.”*

Teniendo en cuenta la Jurisprudencia en cita, se despacha desfavorablemente las súplicas del apoderado de la parte demandante, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de octubre de 2021, en el sentido de **DECLARAR** que entre la señora LINA VANESSA BERNAL CORZO y la CORPORACIÓN GIMNASIO LOS PINOS suscribieron tres (3) CONTRATOS DE TRABAJO A TERMINO FIJO, desempeñándose la demandante como PSICÓLOGA, en los períodos comprendidos entre el:

Contrato No.	Fecha Inicio	Fecha Final	Salario
1	03/10/2017	15/12/2017	\$2.801.000
2	10/01/2018	14/12/2018	\$2.941.100
3	14/01/2019	28/02/2019	\$2.941.100

Que el ultimo contrato de trabajo, suscrito el 14 de enero de 2019, fue terminado sin justa causa.

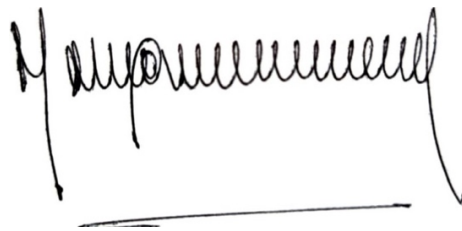
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link expediente digital: [30-2020-00388-01](https://expediente.digita.gov.ve/30-2020-00388-01)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 033-2019-00664-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos Mil Veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CECILIA AYURE DE ACOSTA**
DEMANDADOS: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP**
ASUNTO : **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA (UGPP) Y CONSULTA A FAVOR DE LA MENCIONADA ENTIDAD**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por el demandante y UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la mencionada entidad en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada UGPP, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora CECILIA AYURE DE ACOSTA, instauró demanda ordinaria laboral contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5--8):

PARTE DECLARATIVA:

1) DECLARAR que estuvo vinculada a la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO desde el 7 de junio de 1975 al 15 de noviembre de 1991.

2) DECLARAR que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación, en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961.

PARTE CONDENATORIA:

1) CONDENAR a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a partir de la calenda en que cumplió los 60 años, esto es, desde el 21 de enero de 2017, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre.

2) CONDENAR a la pasiva a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas

3) Costas procesales.

CONTESTACION DEMANDA

La **UGPP** contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la accionante no acreditó los requisitos para la causación del beneficio pensional solicitado, ya que la desvinculación de la entidad, no obedeció a un despido injusto. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe, entre otras.

Por auto del 3 de mayo de 2022, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación presentado por la entidad convocada a juicio (carpeta 6 del expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 33° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 28 de julio de 2022, dictó sentencia en el siguiente sentido:

“PRIMERO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar a CECILIA AYURE DE ACOSTA identificada con C.C. No. 20.482.637 de Choachí, la pensión restringida jubilación contemplada en el Art. 8 de la Ley 171 de 1961 a partir del 21 de enero de 2017, fecha en que la demandante cumplió 60 años de edad, en cuantía inicial de \$1'863.673 por catorce mesadas al año, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DETERMINAR cómo mesada pensional para el año 2022 la suma de \$2'229.740.

TERCERO: DETERMINAR cómo retroactivo de las mesadas pensionales a julio de 2022 la suma de \$156'510.053.

CUARTO: CONDENAR a la UGPP a INDEXAR las sumas objeto de condena desde el momento de su causación y hasta la fecha en que se haga efectivo su pago.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la UGPP. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de CUATRO (4) S.M.L.M.V.

SEPTIMO: Si esta providencia no es apelada por la UGPP, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (UGPP)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

RECONOCIMIENTO PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION: Señaló que el demandante no cumplió con los requisitos previsto en la Ley 171 de 1961, antes de que perdiera vigencia por disposición de la Ley 100 de 1993, ya que la desvinculación obedeció a un acuerdo de voluntades, mas no a un despido injusto, sumado a que no acreditaba la edad de 55 años, sino tan solo contaba con 37 años.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación consagrada en el Art. 8 de la Ley 171 de 1961. **2.** En el evento que sea procedente el reconocimiento de la prestación, determinar los factores salariales a aplicar para liquidar la prestación. **3.** Excepción de prescripción.

Existencia de la vinculación laboral:

Sea lo primero indicar que, a efectos de determinar la existencia de la relación laboral, no fue objeto de inconformidad que la señora CECILIA AYURE MELO DE ACOSTA prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO S.A., desde el 7 de junio de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991, ocupando como ultimo cargo de contadora, grado 06, en la ciudad de Bogotá (folio 25 cuaderno 1).

Requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario:

El Art. 8 de la Ley 171 de 1961, prevé que el trabajador que sin justa causa fuera despedido, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Así mismo contempla que si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Igualmente, si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla 60 años de edad.

Luego entonces, el Art. 8 de la Ley 171 de 1961, mencionó varios escenarios para acceder a la pensión: **el primero**, que el trabajador sea despedido, luego de haber laborado 10 años y menos de 15 continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad o desde la fecha en que los cumpla, luego del despido; **el segundo**, si el despido del trabajador ocurre luego de 15 años de servicios, la pensión se reconoce una vez cumpla 50 años de edad, o desde la fecha del despido si los hubiera cumplido; y **tercero**, cuando el retiro del servicio del trabajador es voluntario, se reconoce una vez cumpla 60 años de edad.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que la demandante laboró al servicio a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO S.A., desde el 7 de junio de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991, es decir, por un periodo de 16 años, 5 meses y 8 días (folio 25 carpeta 1 del expediente digital), cumpliendo con el primer requisito, y dado que el contrato finalizó por mutuo consentimiento, conforme quedó plasmado en diligencia de conciliación realizada el 15 de noviembre de 1991, ante el Ministerio de trabajo (folio 27), resulta claro la acreditación de la segunda exigencia.

Ahora cabe precisar que no tiene cabida el argumento expuesto por la pasiva, relacionado a que la terminación por mutuo acuerdo no se equipara a un retiro voluntario del trabajador, ya que esta última exigencia, implica únicamente la manifestación del trabajador en dar por terminado el vínculo, a diferencia de los otros dos escenarios, en los que la voluntad de éste no interfiere, pues solo media la decisión del empleador, luego resulta claro que esa determinación del

demandante se vio plasmado en ese acuerdo conciliatorio, en el que señaló su querer de retirarse del servicio, el que fue aprobado por la pasiva.

El anterior criterio tiene su asidero en las sentencias SL-4578 de 2014 y SL-2054 de 2021, al indicar nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, lo siguiente:

“corresponde decir que tal argumento es a todas luces infundado, puesto que el supuesto de hecho que el citado precepto prevé es “el retiro voluntario”, el cual está relacionado con la finalización del vínculo por el querer del trabajador, en contraposición de la otra hipótesis también contenida en la misma norma, cual es el caso del despido sin justa causa que equivale a la decisión unilateral de la empresa, en contra de la voluntad del trabajador; por tanto, estima la Sala que la supuesta diferencia aludida por la empresa entre la «renuncia» y «el mutuo acuerdo» es vana, y no es más que una excusa de último momento para eludir el cumplimiento de su obligación una vez esta se hizo exigible, pues no pasa por alto esta Sala que, desde un principio, la empresa tuvo claro que el contrato de trabajo finalizó por voluntad del trabajador, y que junto con el requisito de tener más de 15 años de servicio, solo le quedaba a este esperar a cumplir los 60 años de edad para exigir la pensión.”

Teniendo en cuenta lo anterior, la demandante cumple con la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en razón que acreditó el tiempo de servicio a CAJA DE CREDITO, AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, por mas de 15 años y se retiró de su labor de manera voluntaria. Por lo tanto, el derecho pensional deberá ser reconocida al cumplimiento de los 60 años de edad, lo que ocurrió el 21 de enero de 2017, conforme copia de registro civil de nacimiento vista a folio 21 del plenario, advirtiéndose que el cumplimiento de la edad establecido en el Art. 8 de la Ley 171 de 1961, no es un requisito para la causación del beneficio pensional, sino de disfrute del mismo, y así lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 997 de 2015 y SL 474 de 2022, por ende la norma aplicable es la vigente al momento del despido, que en el presente caso es la ley ya precitada, que mantuvo su vigencia en el sector público del Orden Nacional hasta el 31 de marzo de 1994 toda vez que a partir del 1° de abril de 1994 empezó a regir el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, y desde junio de 1995 para el sector oficial departamental y municipal.

Las consideraciones expuesta resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en este aspecto, ya que la demandante antes de que perdiera vigencia la Ley 171 de 1961, había acreditado los requisitos de tiempo de servicio y retiro del servicio, para la causación del derecho pensional invocado.

MONTO DE LA PRIMERA MESADA

Con respecto al ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 indica: *“la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”*.

Sobre el tema, en principio la Sala Laboral de la CSJ, en la sentencia No. SL 5014 de 2019, ha indicado: *“El promedio salarial devengado en el último año de servicios, será el que aparece en la liquidación final de prestaciones sociales que se encuentra en el folio 4; debiéndose resaltar que no todos los conceptos allí especificados sirven de base para liquidar la pensión sanción, pues conforme lo previsto en el art. 1 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de ese mismo año, los que la integran son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (así viene adoctrinado por esta Corporación en varias sentencia, entre otras, CSJ SL2427-2016).”*

De suerte que para liquidar dicha prestación se debe acudir entonces a lo establecido por la Ley 6 de 1985, esto es, asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, descartándose otros factores.

Por lo tanto, al verificar la certificación que obra a folio 25 del plenario, los únicos factores que se deben incluir en la liquidación, al tener la connotación salarial sería la asignación básica y prima de antigüedad que equivalen a \$153.121, debiéndose excluir los restantes al no estar contemplados en la normativa citada.

De acuerdo con lo anterior, la Sala debe proceder a liquidar la primera mesada de la prestación, acudiendo a la fórmula de la indexación que empezó a aplicar la alta Corporación del trabajo, en sentencia del 13 de diciembre de 2007 dentro del radicado No. 31222 y recientes pronunciamientos como la sentencia 45534 del 27 de abril de 2016, en donde el valor histórico corresponde al salario promedio del último año de servicio, en este caso, la cifra de **\$153.121** ya mencionada. Ahora;

el IPC final corresponde al de la última anualidad de la fecha de cumplimiento de la edad, en este caso, diciembre de 2016, que según las tablas certificadas por el DANE *-datos estadísticos que son hechos notorios-* es el valor de 151,62% y el IPC inicial corresponde al de la última anualidad previa a la fecha de retiro del trabajador, para este evento, diciembre de 1990, que corresponde al guarismo de 17.45%.

Al reemplazar los valores, tenemos que el salario actualizado asciende a la suma de \$1.330.441¹ que al aplicarle la tasa de reemplazo del 61,64% por 5918 días laborados, arroja el equivalente a la **primera mesada pensional actualizada, la suma de \$820.083,8²**, suma muy superior a la determinada por el A-quo, por lo que deberá ser modificada, precisándose que la cifra aquí hallada resulto ser un poco superior al salario mínimo de la época, que lo fue de \$737.717, siendo así por los años 2018, 2019, 2020 y 2021, sin embargo para el 2022, se obtuvo con el incremento certificado por el DANE, un valor de \$981.166,55, es decir, inferior al salario mínimo -\$1.000.000- por lo que se tuvo que ajustar a este último.

A lo que se agrega, que la prestación se reconocerá teniendo en cuenta 14 mesadas anuales, dado que el derecho pensional se causó antes de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, respecto a la **excepción de prescripción** alegada por la entidad demandada, atendiendo lo normado en los artículos 151 del C.P.T. y S.S., en el entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno.

Para el caso en marras, se verifica que el actor causó su derecho el 15 de noviembre de 1991, pero su disfrute solo lo fue hasta el 21 de enero de 2017, en tanto presentó reclamación administrativa ante la UGPP, el 9 de agosto de 2019, sin obtener respuesta, mientras que la demanda fue radicada el 23 de septiembre de 2019, (folio 39 cuaderno 1), lo que indica que no transcurrió el termino trienal dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y S.S., entre una y otra actuación.

Por lo anterior el retroactivo pensional causado desde el 21 de enero de 2017 hasta la fecha señalada por el juzgado de primera instancia -julio de 2022-

¹ $VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}} = \frac{\$153121 \times 151,62\% (\text{Dic. 2016})}{17,45 (\text{Dic. 1990})} = \$1.330.441$

² $\$1.330.441 \times 61,64\% = \$820.083,8$

asciende a la suma de \$68.760.762,61, por lo que la sentencia de primera instancia será modificada, respecto de la cuantía del beneficio pensional y por ende el valor del retroactivo también.

AÑO	VALOR PENSION	N° MESADAS	TOTAL
2017	\$ 820.083,80	13,2	\$ 10.825.106,16
2018	\$ 853.625,23	14	\$ 11.950.753,18
2019	\$ 880.770,51	14	\$ 12.330.787,14
2020	\$ 914.239,79	14	\$ 12.799.357,05
2021	\$ 928.959,05	14	\$ 13.005.426,69
2022	\$ 1.000.000,00	8	\$ 8.000.000,00
			\$ 68.911.430,22

COSTAS.

costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 28 de julio de 2022 por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido que la cuantía de la mesada pensional será equivalente a \$820.083,8, a partir del 21 de enero de 2017, conforme se expuso.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTADA, en el entendido que la mesada para el año 2022, asciende a la suma de \$1.000.000, esto es, equivalente al salario mínimo legal, conforme se expuso.

TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTADA, en el entendido que el retroactivo pensional generado desde el 21 de enero de 2017 hasta el 30 de julio de 2022, asciende a \$68.911.430,2, según se expuso.

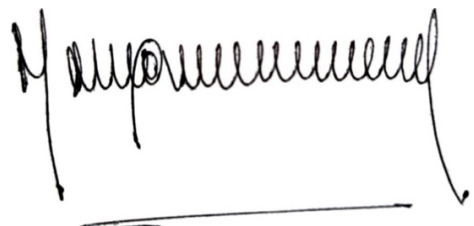
CUARTO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTADA.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 035-2019-00018-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARÍA ROSARIO GONZALEZ DE SANCHEZ**
DEMANDADO: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ
PORVENIR S.A.
RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., ARL
SANITAS EPS
INVERSIONES MILAGROS DE GUADALUPE LTDA**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de Ley 2213 de 2022.

Parte demandada –SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. y PORVENIR S.A.- presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 28 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARIA ROSARIO GONZÁLEZ DE SANCHEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PORVENIR S.A., SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., EPS SANITAS S.A. E INVERSIONES MILAGROS DE GUADALUPE LTDA.**, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. DECLARAR SIN EFECTOS el dictamen N.º 30342562-1786 de fecha 31 de enero de 2018, proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, que determinó una pérdida de la capacidad laboral del 36,71%, con fecha de estructuración el 11 de febrero de 2015 y de origen común.

2. DECLARAR COMO VALIDO, el dictamen emitido por el Dr. Ciro Alberto Moreno Portillo, médico especialista en salud ocupacional, el cual establece la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en un 63,43%

3. DECLARAR que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., es responsable del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a PORVENIR S.A., a reconocer y pagar la pensión de invalidez.

2. Costas procesales.

CONTESTACION DEMANDA

LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, contestó la demanda, indicando que se atiene a lo que resulte probado, precisando que no es posible darle valor probatorio a un concepto que carece de efecto

jurídico y fuerza vinculante, toda vez que los médicos privados no ostenta facultad legal para calificar, por lo que a su juicio el mismo no es idóneo. Propuso las excepciones de legalidad del dictamen, inexistencia de responsabilidad por la variación en las condiciones clínicas o sobrevinientes al dictamen e inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen (folio 649-681, expediente digital).

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., también contestó demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que ninguna responsabilidad tiene frente a lo peticionado, ya que no se trata de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Propuso las excepciones de mérito denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligaciones y errores del dictamen elaborado por el Dr. Circo Moreno Portillo.

Entre tanto **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de la suplicas, bajo el argumento que el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se realizó con sujeción a las disposiciones legales y a la condición médica de la actora. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, cobro de lo no debido entre otras (folio 762 a 770).

Mediante memorial radicado el 25 de febrero de 2019, en las instalaciones del juzgado primigenio, la parte accionante desistió de la demanda en contra de la EPS SANITAS S.A. y la compañía INVERSIONES MILAGROS GUADALUPE LTDA. (folio 597)

El Juzgado de origen, a través del auto emitido 28 de febrero de 2020, admitió los escritos de contestación presentados por las convocadas a juicio (folio 802)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 10 de junio de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del dictamen N° 30342562-1786 del 31 de enero del 2018.

SEGUNDO: ACOGER el dictamen N° 30342562-36642 del 18 de diciembre del 2020, expedido por la Sala 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

TERCERO: ABSOLVER a Seguros de Vida Suramericana S.A., y a Porvenir S.A., de las pretensiones elevadas en su contra.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$200.000, que se ordena incluir en la respectiva liquidación de costas.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante presentó** recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, indicando: *“De manera respetuosa, me permito presentar recurso de apelación en contra de la determinación adoptada, en el término que contempla el decreto y específicamente el código, ampliare la sustentación pero de manera rápida vamos a establecer unos criterios con los cuales nosotros consideramos no estar de acuerdo con el fallo, y en este sentido específicamente demostraremos a través del dictamen que ha presentado la parte demandante, que la manera de calificar es precisamente como se presentó, y nuestra inconformidad con el fallo es que definitivamente la sala 4 fue la que se adopta en el presente, en la presente decisión, queda corta en el sentido que no resuelve todas las patologías que la demandante viene sufriendo, no obstante, de que efectivamente más allá de un dictamen psiquiátrico un dictamen de otro tipo médico o en la historia clínica pueda referirse, la paciente sigue tal cual se encuentra acreditado en el expediente el dictamen del Dr. Ciro, da cuenta que es un dictamen completo y que efectivamente muestra las condiciones prácticas, patológicas de la enfermedad que padece la demandante, esa es el motivo de inconformidad propiamente dicho, es que, la valoración que se hace por la sala 4 y que*

acoge el despacho, pues no es de recibo para esta parte, por cuanto debe asumirse integrante todos los aspecto que presenta la patología del diagnóstico médico de la demandante que, a nuestro juicio y de manera respetuosa pues le solicitamos al H. Tribunal en la Sala Laboral, que se sirva revocar la determinación que toma el señor juez de primera instancia, atendiendo a circunstancias netamente fácticas en que se encuentra padeciendo la demandante, y que además fueron recogidas de manera precisa y de manera demostrada científicamente por parte del dictamen que presento el Dr. Ciro, estas circunstancia que la haremos de manera escrita, ampliando esta inconformidad con el fallo, pues la haremos en los términos legales más adelante, en síntesis señor juez ese es el motivo de inconformidad, reitero, no estamos de acuerdo con haberse determinado que el dictamen presentado, solicitada por el señor juez de manera oficiosa y que lo realizó la Sala 4 que indique la verdad por lo menos formal de la realidad medica que viene presentado aquí la demandante quien ha padecido una enfermedad y que no ha sido totalmente valorada como si lo hace el dictamen del cual nosotros hicimos soporte para demostrar que efectivamente este dictamen refleja la realidad, no obstante que ese dictamen no fue tachado por ninguna de las partes, sino que solamente fue como bien lo acepta la primera instancia , de que apenas fue controvertido, no fue tachado de apócrifo o de falso y que contiene una manera valoración precisa sobre la patología que tiene la demandante.”

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado en el artículo 66 del CPT y de la SS-principio de consonancia-, la Sala examinara si hay lugar a dejar sin efectos los dictámenes emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para acoger el dictamen allegado por el demandante. En caso afirmativo se habrá de estudiar la procedencia o no de la pensión de invalidez.

En esta instancia se encuentra probado que la compañía SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., calificó la patología denominada “*FRACTURAS DE DOS 3, 4 y 5 de la mano derecha*”, como enfermedad común, otorgándole una pérdida de la capacidad laboral del 20.92% con fecha de estructuración 11 de febrero de 2015, que la Junta Regional de Calificación de Bogotá, al estudiar las inconformidades presentadas por la asegurada, manifestó que esta generaba una pérdida del 29.66%, con fecha de estructuración el 16 de junio de 2017 (folio 578), en tanto la Junta Nacional de Calificación -sala 1- encontró que la pérdida de la capacidad laboral era equivalente a 36.71% con fecha de declaratoria el 31 de enero de 2018 (folio 592).

Ahora aduce la demandante, que el dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación no refleja en realidad la pérdida de la condición laboral ya que no tuvo en cuenta las graves lesiones y secuelas que le han generado la totalidad de sus patologías.

Para resolver este asunto, en primer lugar, ha de recordarse que el artículo 61 del C.P.T y S.S., establece que los jueces de instancia gozan de la libertad de apreciar libremente los medios probatorios, a fin de formar su convencimiento respecto de los hechos objeto de controversia, decretando y practicando para ello, las pruebas que lo induzcan a hallar la verdad.

La Sala de Casación Laboral en sentencias SL3992-2019, CSJ SL2984-2020 y CSJ SL513-2021, preciso que el juez debe apoyar su decisión en los dictámenes obrantes en el proceso, con observancia de su contenido informativo y técnico, empero que ese dictamen no constituye prueba definitiva e incuestionable en el marco del proceso ordinario, y en virtud de las facultades de libre formación del convencimiento y valoración autónoma de la prueba, puede requerir a otra entidad especializada para resolver el conflicto:

“Esta sala de la Corte ha resaltado la importancia intrínseca que tienen esos dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el

legislador y por su deber de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y demás observaciones diagnósticas relativas al estado de salud del paciente. Po

r ello, ha dicho que, en principio, el juez del trabajo está obligado a observarlos y respetarlos, en el marco de sus facultades de valoración probatoria. Sin embargo, al mismo tiempo, por la diversidad de factores que confluyen a la determinación de la realidad de la salud del paciente y la evolución de su capacidad laboral, la Sala ha determinado que dichos dictámenes no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable en el marco del proceso ordinario, ni muchos menos una prueba de carácter ad substantiam actus. Contrario a ello, ha destacado esta corporación, en múltiples oportunidades, que dichas experticias constituyen una prueba más del proceso que el juez puede valorar de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento.”

En este orden de ideas, tenemos que al analizar el escrito inicial se evidencia que aún cuando la parte actora solicita se deje sin efecto el Dictamen n.º30342562-1786 de fecha 31 de enero de 2018, no entiende esta Sala el fundamento de tal suplica, ya que no indica los defectos de que adolece dicha decisión para restarle eficacia o credibilidad, tan solo enuncia que un médico especialista en salud ocupacional, estableció que las enfermedades que la aquejaban, conllevaban a una pérdida de la capacidad laboral del 63, 43% con fecha de estructuración 11 de febrero de 2015 (folio 609).

Ahora al estudiar el dictamen rendido por el Dr. CIRO ALBERTO MORENO PORTILLO, se corrobora que dentro de su dictamen incluyó las siguientes patologías:

- SINDROME REGIONAL COMPLEJO
- FRACTURAS MULTIPLES DE LOS DEDOS DE LA MANO
- SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO

- TRASTORNO ANSIOSO DEPRESIVO
- TENDINITIS SUPRAESPINOZO
- HIPERTENSION ARTERIAL
- BIABETES MELLITUS.

Luego es claro que, la demandante pretende la prosperidad de sus peticiones, con fundamento en el anterior dictamen por cuanto en el mismo se incluyó la totalidad de las enfermedades, situación que no aconteció en el dictamen rendido por la Junta Regional de Bogotá y Junta Nacional, en la medida que en estos últimos tan solo se analizó la *“fracturas múltiples de los dedos de la mano y dolor crónico intratable”* (folio 577)

Sin embargo, el Juez de conocimiento a efectos de formar su convencimiento respecto de los hechos objeto de controversia, decidió oficiar a la Junta Nacional de Calificación, para que dicha entidad examinara la totalidad de las enfermedades padecidas por la accionante: *“...De conformidad con lo establecido en el art. 54 del C.P.T y S.S., y el art. 230 del C.G.P., se dispondrá que la demandante acuda a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a una sala distinta de la compuesta por los profesionales de la salud que realizaron el dictamen N° 30342562-1786 del 31 de enero del 2018, para que dicho ente rinda dictamen acerca del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración de invalidez y el origen de la misma, respecto de las patologías establecidas en el dictamen allegado por la parte actora, esto es Síndrome Regional Complejo, fracturas múltiples de los dedos de las manos, síndrome del túnel del carpo, trastorno ansioso depresivo, tendinitis supraespinoso, hipertensión arterial y diabetes mellitus, para lo cual la demandante deberá allegar a dicho ente, copia de su historia clínica y los demás documentos requeridos. Los honorarios respectivos estarán a cargo de la parte demandada Porvenir S.A., y el dictamen deberá realizarse en un plazo de dos meses. La AFP debe acreditar el pago de dicho rubro en un término de 10 días. ...”*

En atención al mencionado requerimiento la Junta Nacional, procedió a analizar la historia clínica de la demandante, enunciando que solo procedería

a calificar las siguientes patologías, lo que conllevó a una pérdida de capacidad laboral del 43,80%:

DOLOR CRÓNICO INTRATABLE.

FRACTURAS MÚLTIPLES DE LOS DEDOS 3, 4 Y 5 MANO DERECHA

SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO BILATERAL

HIPERTENSION ARTERIAL

DIABETES MELLITUS

Dejando por fuera el trastorno ansioso depresivo, por cuanto no cumplía con los presupuestos para su calificación, consistente en evolución y tratamiento de un año, así mismo encontró que la paciente fue sobrevalorada, además indicó que para emitir decisión frente al túnel del carpo bilateral, tomó la última electromiografía, señaló en relación con la diabetes mellitus e hipertensión arterial, que analizó las secuelas funcionales de acuerdo con las disposiciones del Decreto 1507 del 2014 y que las patologías de hombro derecho y síndrome doloroso regional complejo, se calificaron por tabla 12.5, dado lo previsto por el mencionado Decreto 1507 del 2014:

“Respecto a la solicitud de incluir en la calificación la patología psiquiátrica, el decreto 1507 del 2014 en su capítulo XIII contempla que las patologías a este nivel se calificarán posterior a evolución y tratamiento durante al menos un año. Y en concordancia con la tabla 13.3 del decreto 1507 del 2014 la paciente no reúne los requisitos para poder incluir esta patología en el presente dictamen, lo que se le recomienda es que una vez cumpla el requisito (y no antes), solicite una revisión de la calificación o una nueva calificación de conformidad con el debido proceso.

- La sala 4 revisó todos los elementos obrantes en el expediente encontrando paciente subvalorada teniendo en cuenta la última electromiografía obrante en el expediente del 04/12/2019 que reporta síndrome de túnel del carpo bilateral de carácter moderado. Es de resaltar que es la historia clínica el soporte principal para realizar la calificación y el manual de calificación contempla que se califica con base en la electromiografía como prueba principal. (Se toma la última obrante en el expediente para hacer el cálculo).

- De acuerdo a las valoraciones realizadas a la paciente, se encuentran las patologías diabetes mellitus e hipertensión arterial debidamente soportadas en historia clínica por tanto se incluye en el presente dictamen, así las cosas, se califican las secuelas funcionales al día de hoy, de acuerdo con las disposiciones del decreto 1507 del 2014.

- En cuanto a las patologías de hombro derecho y síndrome doloroso regional complejo, se califica por tabla 12.5 según lo establecido en el decreto 1507 del 2014.

- Respecto a las calificaciones del título II en cuanto al rol laboral, se le asigna una puntuación de 10%, en razón a que presenta limitaciones y restricciones moderadas para realizar su labor de oficios varios, la autosuficiencia económica se califica 1.50%, en lo que corresponde a otras áreas ocupacionales y en función de la edad, fueron calificadas en concordancia con la historia clínica y las disposiciones del Decreto 1507 de 2014. Por lo anterior se califica con 17.10% el título II."

Adicionalmente el médico MANUEL ALBERTO AMAYA MOYANO, integrante de la Junta Nacional, y quien hizo parte de la sala que profirió el anterior dictamen, expresó en el interrogatorio que absolvió ante el Juzgado de Primera instancia, que a la señora MARIA ROSARIO GONZALEZ, no le fue calificada la enfermedad denominada trastorno ansioso depresivo: *"no se tuvo en cuenta porque el manual exige, que sea tratamiento de un año con varias evoluciones, valoraciones y así si se puede tener en cuenta, en resumidas cuentas no fue vista por psiquiatría, no aparece en los 445 folios, valoraciones por psiquiatría, aun cuando ella dice y dijo que si, había sido visto por psiquiatría, en historia clínica no aparece."*

Así mismo explicó que la demandante fue sobrevalorada, ya que de conformidad con el Decreto 1507 de 2014, no era posible calificar el dolor y ángulos de movimientos de manera simultánea, y que en el dictamen por ella incorporado los dos factores fueron incluidos: *"Encontrando una paciente sobre valorada teniendo en cuenta la última electromiografía obrante en el expediente del 4-12 de 2019, que reporta un síndrome del túnel de carpo bilateral de carácter primero decía moderando, luego leve, es de resaltar que la historia clínica, el soporte principal para realizar la calificación y el manual de calificación contempla que se califica con base en la electromiografía como prueba principal, se toma la última obrante en el expediente para hacer el cálculo , inclusive en el expediente encuentro, un dictamen de medico particular, en el cual estos síndromes, el síndrome del túnel del carpiano le da un puntaje menor al que nosotros le dimos, en la sala 4, aquí hay que aclarar algo, y es que si recordamos, la patología de esta señora empezó con la*

fractura del 5 dedo y la del cuatro dedo a nivel lonjear, quiere decir, a nivel de la una, entonces aquí ya nos aparece un síndrome del tune del carpo, que es un patología anexa y que también nos puede dar dolor, pero no el dolor que se califica como un síndrome regional complejo, de acuerdo a las valoraciones realizadas, la paciente se encuentra con la patología diabetes mellitus e hipertensión arterial, con historia un poco deficiente, en cuanto a evolución y tratamientos, en historia clínica, por tanto se incluye en el presente dictamen, así se califican las secuelas funcionales al día de la valoración decreto 1507 de 2014,. En cuanto a la patología de hombro derecho, síndrome doloroso regional complejo se califica por la tabla 12,5 según lo establecido en el Decreto 1507 de 2014, es de aclarar aquí se encuentra una sobrevaloración desde un comienzo porque el capítulo de dolor y una directriz que tiene la Junta Nacional que está Acorde con el decreto 1507 se dice, que si se califica dolor no se califica ángulos de movimientos, entonces se calificó ángulos de movimientos, se calificó, dolor y quedan doblemente calificado, por tanto, nosotros calificamos únicamente dolor, que daba un valor superior”

Igualmente el especialista, enunció que no calificaron el síndrome de dolor regional complejo tipo 1, con las tablas 1217 y 1218, como si lo efectuó el perito evaluador petitionado por la accionante, en tanto dichas tablas son las que dan el mayor puntaje, siempre que se configure unos requisitos para ello: “dentro del dictamen dado, no se está calificando el síndrome, bueno, nos da un síndrome de dolor regional complejo, tipo 1, de miembro superior unilateral, o sea del lado derecho, repito síndrome doloroso regional complejo tipo 1, pero calificar por este síndrome doloroso regional complejo, que, él aplica la tabla, 1218 y 1217, no nos da este caso, para el presente caso, lo calificamos por el 12,5, porque no se debe calificar con este caso y hago énfasis, lo está calificando por estas dos tablas con un 60%, al calificar con un 60%, pues lógicamente esta calificación se nos va a ir muy por encima, fuera de eso como les dije anteriormente, la paciente viene sobrecalificada, desde un comienzo porque la estaba calificando doblemente por dolor y por movimiento, se califica, bien por dolor o bien por movimiento, digo que no se puede calificar por síndrome regional complejo porque existe una tabla, en la

cual vienen once ítem, que es la tabla 1217 del Decreto 1507 y dentro de esos ítem que trae la paciente no los presenta, estos ítem son, color de la piel, se presenta cianótica, para el presente caso no, cambios en la piel, tampoco, edemas, tampoco, cambios sudomotores, estos los nombro una fisiatra, por allá en un comienzo , pero ya al final que es cuando uno ve, que tanta rehabilitación ha tenido, la especialista en medicina de rehabilitación ya nombra es el dolor neuropático, crónico neuropático, pero no un síndrome regional complejo.”

Aunado a lo anterior, el Juez decretó como prueba un dictamen pericial allegado por la Compañía Sura y rendido por el médico CESAR CARRASCAL, quien adujo que las enfermedades padecidas por la demandante generaban una pérdida de capacidad laboral del 38,26%, es decir, inferior a la determinada por el Junta Nacional -Sala 4- pero en dicho documento se mencionó:

“Se concluye que son objeto de calificación las siguientes DEFICIENCIAS claramente identificadas tanto en la Historia Clínica como en la documentación aportada, al cumplir con los criterios metodológicos y científicos establecidos en el MUCI, Decreto 1507-14:

- a. Síndrome Doloroso Regional Complejo Causalgia (SDRC Tipo II)*
- b. Fracturas múltiples de 3er, 4to y 5to dedos de la mano derecha.*
- c. Síndrome del Túnel del Carpo bilateral leve.*
- d. Tendinitis supraespinoso hombro derecho, Diagnóstico clínico,*
- e. Hipertensión arterial primaria*
- f. Diabetes mellitus no insulino-dependiente-“*

Luego entonces, del anterior dictamen también se puede corroborar que solo fue posible calificar aquellas deficiencias identificadas en la historia clínica, dejando por fuera el trastorno ansioso depresivo: *“se excluye el trastorno ansioso-depresivo, en virtud a que fue descartado. Estos son, después de haber sido sometido a estudio, como se registra en la HC, en la nota de psicología (23/01/2018): “no se evidencia alteración patológica del estado de ánimo” (folio 730-731).* Igualmente expreso que el Síndrome Doloroso Regional Complejo, no era posible calificarlo con la tabla 12.18.

Así las cosas, los dictámenes enunciados precedentemente, permiten determinar que para establecer la pérdida de la capacidad laboral de la accionante, no cualquier percance o patología puede ser incluida dentro de la calificación, ya que deben estar debidamente sustentada en la historia clínica y con una evolución o tratamiento, lo que indica que como quiera que el trastorno ansioso depresivo, no cumplió con los presupuesto legales, esto es, evolución y tratamiento durante al menos un año, según Decreto 1507 de 2014, no era dable tomarla en el presente trámite, así mismo que para la calificación de ciertas enfermedades, no fue posible adoptar las tablas que otorgaban un máximo puntaje, al no configurarse los factores para ello.

Quedando claro lo anterior, se procedió a revisar el dictamen invocada por la accionante y rendido por el médico CIRO ALBERTO MORENO, evidenciándose que incluyó en el dictamen, las siguientes deficiencias:

- SINDROME REGIONAL COMPLEJO
- FRACTURAS MULTIPLES DE LOS DEDOS DE LA MANO
- SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO
- TRASTORNO ANSIOSO DEPRESIVO
- TENDINITIS SUPRAESPINO
- HIPERTENSION ARTERIAL
- BIABETES MELLITUS.

Empero nótese como dicho profesional en la declaración rendida ante el Juzgado de instancia, expresó que tan solo había valorado las siguientes enfermedades: *“los diagnósticos que tuve en cuenta fue síndrome del túnel del carpo, bilateral, hipertensión, y diabetes, síndrome regional complejo, tipo 1, básicamente esos cuatro diagnósticos”*, sin tener en cuenta el trastorno ansioso depresivo, algo que resulta contradictorio con el documento contentivo de la experticia.

A lo anterior se debe agregar que el Dr. Circo Moreno, le otorgó un puntaje del 60% a la deficiencia denominada *“Síndrome de Dolor Regional Complejo”*

especificándose que dicha decisión se baso en la tabla 12.18, por lo que al revisar el Decreto 1507 de 2017, concretamente el mencionado numeral, se entiende que existen 4 clases para la calificación, siendo esta ultima la que confiere un máximo puntaje -60%-por ser muy severa, pero para poder tomar ese porcentaje, se deben configurar 9 o más puntos de los factores descritos en la tabla 12.17

Tabla 12.17. Criterios diagnósticos objetivos para SDRC tipo I

SIGNOS LOCALES	PUNTAJE
Cambios vasomotores	
Color de la piel: piel manchada o cianótica	1
Temperatura de la piel, cambio > de 1°C	1
Edema	1
Cambios sudomotores	
Piel seca o humedad excesiva	1
Cambios tróficos	
Textura de la piel: suave no elástica	1
Atrofia de tejidos blandos	1
Rigidez articular y disminución de la movilidad pasiva	1
Cambios ungueales: manchas, ondulaciones	1
Cambios en cabello: Pérdida de pelo*, fino	1
Signos radiográficos	
RX: cambios óseos tróficos	1
Escáner óseo: hallazgos consistentes con SDRC	1

A pesar de lo descrito y al analizar el dictamen incorporado por el especialista CIRO MORENO, no se evidencia cuales fueron los factores que encontró probados para dar el mayor puntaje, sumado en que ante el juez primigenio afirmó: *“revisando la historia clínica y de acuerdo a las anotaciones de los médicos especialistas se encontraron color de piel cianótica, cambios en la temperatura de la piel, edema, había atrofia de los tejidos, había atrofia del tejido hipotenar y tenar de la mano derecha, rigidez articular, cambios radiológicos, por osteoporosis severa, básicamente esos”,* es decir, nótese como tan solo relaciona ocho factores, siendo necesario como mínimo nueve.

Además, seguidamente se le requirió para que señalará en que parte de la historia clínica se podían encontrar los mismos, reseñando tan solo un

concepto emitido el 18 de enero de 2017, por el ortopedista: *“por ejemplo el 18 de enero de 2017 ortopedia dice que la paciente tiene piel fría, brillante, limitaciones tensoras por dolor referido y contracturas, buena perfusión de Stan a nivel del dorso y falanges proximales, eso es de fecha 18 de enero de 2017.”*

Así mismo, no entiende esta Sala como el anterior perito estructura una invalidez, con base a un concepto médico de fecha 18 de enero de 2017, y frente a lo cual no tuvo una justificación, ya que tan solo manifestó que no modificó esa fecha, al no haber sido objeto de controversia, además en su interrogatorio, describió que inicialmente le había otorgado un porcentaje a la electromiografía, del 24% pero que hubo un error de asignación, ya que la mismo ascendía a 15.4%.

Finalmente, no se debe pasar por alto la declaración rendida por el Dr. MANUEL ALBERTO AMAYA MOYANO, quien hizo parte de la sala que profirió el dictamen solicitado de oficio por el juzgado que, la paciente fue sobrevalorada, ya que el dolor y ángulos de movimientos fueron calificados de manera simultánea.

Las falencias descritas, conllevan a descartar o restarle credibilidad al dictamen allegado por la parte actora, errores que además resultaron corroborados a través del dictamen emitido por la Sala 4 de la Junta Nacional de Calificación, experticia ésta ultima que resulto clara, concreta y verídica, pues se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en las enfermedades diagnosticadas, y en los análisis realizados por los médicos tratantes e historia clínica, por lo tanto no existiendo dictamen alguno que dé cuenta de la pérdida de la capacidad laboral de la accionante en un 50%, no hay lugar al reconocimiento del beneficio pensional y en esa medida la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA.

Costas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

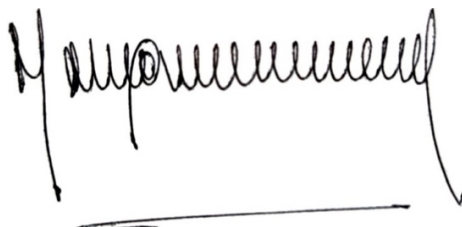
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2022, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

EXPEDIENTE DIGITAL: [35-2019-00018-01](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 41-2021-00251-01

Bogotá D.C., febrero 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GLORIA INES MARTINEZ MARTINEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A., PROTECCION SA.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR Y COLPENSIONES/
CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

COLPENSIONES Y PORVENIR, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 29 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

GLORIA INES MARTINEZ MARTINEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, Y PROTECCION SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante **GLORIA INES MARTINEZ MARTINEZ** al RAIS administrado por AFP PORVENIR SA el 14 de julio de 1995.
- Se ordene a AFP Porvenir SA, y AFP Protección SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y bonos pensionales.
- Se ordene a Colpensiones recibir a **GLORIA INES MARTINEZ MARTINEZ** como afiliada en el RPM sin solución de continuidad.
- Que se condene a las demandas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 8 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de enero 19 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 41 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de julio de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **GLORIA INES MARTINEZ MARTINEZ**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

ORDENAR a la AFP PORVENIR SA trasladar a Colpensiones todos los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones indexadas.

CONDENO a COLPENSIONES recibir los dineros de Porvenir y ajustar la historia pensional.

Declaro no probadas las excepciones y condeno en costas a las demandadas.

CONCEDIÓ recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando la revocatoria del fallo, al considerar que Porvenir SA si cumplió con el deber de información que se exigía para la época (1995) pues lo único que se exigía era la suscripción del formulario de afiliación, que es un documento público que se presume autentico y no fue tachado por la demandante.

No se puede obligar a los fondos a brindar una información que fue obligatoria con base en una ley muy posterior a la afiliación. Se cuenta además con el interrogatorio de parte donde la demandante certifica que si se le brindo una información adecuada.

Se debe aplicar el principio general del derecho que establece que la ignorancia en la ley no sirve de excusa, y la demandante estaba obligada a conocer la ley, y por tanto debía estar enterada de los requisitos contenidos en la ley 100/93 para su traslado al RAIS.

Sobre los gastos de administración y seguros previsionales la ley los establece para los dos regímenes, y es el 3% del aporte, y no forma parte integral de la financiación de la pensión de vejez, por tanto, si opera la prescripción en favor del AFP, por lo que se debe declarar probada la excepción sobre este punto.

La SIF en concepto de 2020 estableció que cuando se anula o declara ineficaz un traslado el fondo privado solo devuelve los aportes y sus rendimientos financieros, ya que los gastos de administración se utilizaron para administrar las cotizaciones del afiliado, y los seguros previsionales cubrieron el riesgo asegurado, por tanto, no se deben devolver. El devolver estos dineros constituiría un enriquecimiento sin casusa de Colpensiones.

Solicita que como se está declarando la ineficacia y las cosas vuelven a su estado anterior, se debe ordenar devolver los aportes y los rendimientos que se pudieren haber generado en el RPM. En caso de no acoger esta petición, solicita compensar los rendimientos financieros que produjo el AFP con los gastos de administración y seguros previsionales, devolviendo solo lo que exceda a lo que pudiere haber percibido en el RPM.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia en su totalidad ya que el fallo no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico que celebro la afiliada con los AFP. Solicita que no se ordene recibir a la demandante en el RPM, pues e afecta gravemente el equilibrio financiero, teniendo un impacto en el PIB y en las reservas pensionales.

Solicita en ultimas, si se decide confirmar el fallo, condenen a los AFP a indemnizar a Colpensiones por los perjuicios que se le generen ante una futura pensión.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **GLORIA INES MARTINEZ MARTINEZ** el

día 14 de julio de 1995; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA Y PROTECCION SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 14 de julio de 1995; luego el 28 de abril de 1998 se trasladó a AFP HORIZONTE; el 4 de mayo de 2000 se trasladó a AFP PORVENIR SA; el 11 de agosto de 2003 a AFP ING SA, y el 17 de julio de 2007 a AFP PORVENIR SA (SIAFP contestación Porvenir).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: SIAFP, formularios de afiliación, bono pensional, historia para bono pensional, historia laboral, relación de aportes, histórico de movimientos, respuesta a petición, página del Tiempo 2004, comunicado de prensa, concepto Superfinanciera 2020; AFP PROTECCION SA : Captura de pantalla aplicativo AS400 fecha de afiliación, certificado de cuenta ahorro individual, comunicado de prensa, concepto Superfinanciera 2015.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de julio de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 14 de julio de 1995, la demandante tenía 64.1 semanas (f.103 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 6 de junio de 1965 f.76 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.329 semanas, (f.103 contestación Porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 14 de julio de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al

RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber

de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que ninguna razón tiene en su argumento de AFP Porvenir apelante que considera que estos gastos estaban reglados en la ley y ya habían cubierto los riesgos protegidos durante la vinculación al RAIS que se declara ineficaz; pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(…) 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.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de

2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de julio de 2022 por el Juzgado 41 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán AFP PORVENIR SA, al igual que el AFP PROTECCION SA durante el lapso que estuvo vinculada a ese fondo, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

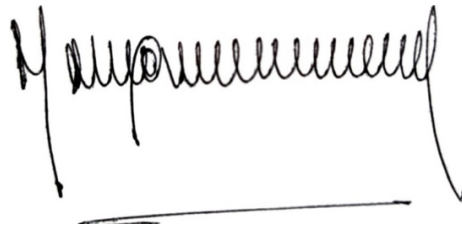


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Gloria Inés Martínez Martínez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**041-2021-00251-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a4e7d00fed09bc587a8690b0317e2ca9e9394ffd0f055779c590c233375b73f6**

Documento generado en 03/03/2023 12:18:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>