



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TRECERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 01 2019 01252 01
Demandante: FLORANGEL LÓPEZ GARCÍA
Demandado: SERDAN S.A. Y EDIFICIO SAVANNAH - P. H.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora FLORANGEL LÓPEZ GARCÍA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. - SERDAN S.A. y el EDIFICIO SAVANNAH - P.H., con la finalidad que se declare que estuvo vinculada a través de contrato de trabajo a término indefinido con la demandada SERDAN S.A. del 11 de enero de 2012 hasta el 29 de junio de 2019; que el EDIFICIO SAVANNAH – P.H. es solidariamente responsable de las condenas impartidas en contra de empleador y que es ineficaz el despido del que fue objeto el 30 de junio de 2019.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a las accionadas a reintegrarla a un cargo de igual o mejor categoría al que venía desempeñando a la fecha del despido, se cancelen los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes al sistema integral de seguridad social, que dejó de percibir desde la fecha del despido.

Como pretensiones subsidiarias de primer orden, pretende la demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada SERDAN S.A., vigente del 11 de enero de 2012 al 29 de junio de 2019, que el EDIFICIO SAVANNAH – P.H. es solidariamente responsable de las condenas impartidas en contra de empleador y que su despido fue injusto.

En consecuencia, se condene a las convocadas a juicio a pagarle cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y los aportes al sistema integral de seguridad social dejados de percibir en vigencia del contrato, las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del C.S.T., las sanciones por no consignación de las cesantías y por el no pago de los intereses a las cesantías.

Como pretensiones subsidiarias de segundo orden, solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el EDIFICIO SAVANNAH - PROPIEDAD HORIZONTAL, desde el 11 de enero de 2012 hasta el 29 de junio de 2019 y que SERDAN S.A. es solidariamente responsable, además que el despido llevado a cabo el 30 de junio de 2019 es ineficaz.

Acorde con tales declaraciones, pretende se condene a las accionadas a reintegrarla a un cargo de igual o mejor categoría al que venía desempeñando a la fecha del despido, a solucionarle salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y los aportes al sistema integral de seguridad social dejados de percibir durante el periodo que estuvo cesante.

Igualmente, elevó pretensiones subsidiarias de tercer orden en las que reclama se declare la existencia de contrato de trabajo a término indefinido con el EDIFICIO SAVANNAH - PROPIEDAD HORIZONTAL desde el 11 de enero de 2012 hasta el 29 de junio de 2019, solidariamente responsable a SERDAN S.A., y que el despido del que fue objeto por parte de la demandada principal fue injustificado.

Consecuentemente, pretende se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y los aportes al sistema integral de seguridad social que no fueron cancelados en vigencia del contrato, junto con las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del C.S.T., la sanción por la no

consignación de las cesantías estatuida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la sanción por no pago de los intereses a las cesantías.

Como pretensiones consecuenciales, solicita se conde a las demandadas a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, expuso que prestó sus servicios personales a la demandada SERDAN S.A. del 11 de enero de 2012 hasta el 29 de junio de 2019, por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, pese a que esa encartada le hizo suscribir contratos a término fijo y el último por obra o labor determinada. Añadió que, el cargo desempeñado fue el de operaria de aseo cumpliendo un horario de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 2:00 p.m., en el EDIFICIO SAVANNAH - PROPIEDAD HORIZONTAL, el cual está ubicado en esta ciudad.

Refirió que su último salario fue de \$390.621 quincenales y que en vigencia del vínculo laboral le fue detectado un desgaste en la cadera derecha por el cual fue tratada y se le realizó cirugía el 16 de julio de 2018, permaneciendo incapacitada aproximadamente por 181 días, lapso en el que estuvo en observación, terapias de movilidad y desplazamiento, e igualmente se mantuvo la relación contractual con las accionadas.

Narró que el 29 de junio de 2019 le fue entrega la carta de despido por parte de SERDAN S.A., indicando que la labor para la cual fue vinculada había concluido; sin embargo, la administradora del edificio demandado comunicó a través de un cartel que fue puesto en el ascensor del edificio que la señora CLARA ENIDIA TORRES AVILA a partir de julio de 2019 continuaría prestando los servicios de aseo, quien igualmente fue contratada por SERDAN S.A., y fue enviada a trabajar en misión a la propiedad horizontal, constatándose así, que la presunta obra para la cual había sido contratada continuaba vigente y que además del despido injustificado, las accionadas dejaron de cancelarle un sin número de acreencias laborales y prestaciones sociales. (Fls. 34 a 44 y 49 a 61 archivo 01).

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SERDAN S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en el libelo introductorio. Al respecto, adujo que la demandante sostuvo varios contratos de trabajo con esa sociedad, finalizando el último de ellos el 30 de junio de 2019, el cual fue celebrado por duración de la obra o labor, por tanto, no pueden existir condenas bajo la premisa de un contrato de trabajo con el edificio convocado a juicio, menos aún, cuando la relación con la actora estuvo regida por varios contratos, siendo los dos primeros para prestar servicios en clientes diferentes al edificio demandado. Añadió que no hay lugar a la solidaridad deprecada y que no adeuda suma alguna a la activa, ya que pagó oportunamente las acreencias laborales causadas. De otro lado, acotó que a la terminación de la relación laboral la accionante no gozaba de estabilidad laboral reforzada.

Formuló las excepciones de inexistencia de estabilidad laboral reforzada, ausencia de hecho alguno que pueda derivar en la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, terminación del contrato de trabajo por razones objetivas, pago, celebración de tres contratos de trabajo diferentes, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, enriquecimiento sin causa, mala fe de la parte actora, la genérica y prescripción. (carpeta 04- archivo 000 y folios 121 a 135 archivo 01).

El EDIFICIO SAVANNAH - P.H., se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el vínculo laboral de la actora lo fue con SERDAND S.A., por tanto, nunca sostuvo una relación laboral, siendo improcedente cualquier tipo de reclamación de acreencias laborales que presente en su contra.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. (Fls. 113 a 117 archivo 01 y archivos 07 y 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, declaró que entre la demandante y la demandada SERDAN S.A. existieron tres contratos de trabajo, así:

1. Un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, por tres (3) meses, con fecha inicial 28 de enero de 2016 y fecha final 27 de abril de 2016, salario de \$517.091 pagos por periodo quincenal.
2. Un contrato individual de trabajo a término fijo a un año del 28 de enero de 2017 al 27 de enero de 2018, salario \$553.288, forma de pago quincenal.
3. Un contrato individual de trabajo por duración de una obra o labor determinada, término del contrato por el tiempo que dure, el cual inició el 28 de enero de 2018 y finalizó el 30 de junio de 2019, salario básico de medio tiempo de \$390.621, forma de pago quincenal.

Declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada SERDAN S.A. de ausencia de hecho alguno que pueda derivar en la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, terminación del contrato de trabajo por razones objetivas, pago, celebración de tres contratos de trabajo diferentes, cobro de lo no debido; e igualmente, probadas las que propuso la demandada EDIFICIO SAVANNAH - PROPIEDAD HORIZONTAL de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido. Además, absolvió a las demandas de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, el Juez de primer grado después de hacer un amplio recuento de las pruebas recaudadas en el trámite procesal, entre ellas, lo expuesto por las partes en los interrogatorios de parte que rindieron, hizo mención a lo expuesto por el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad en sentencia SL2170 de 2022, en donde se mencionaron las sentencias SL5595 de 2019, SL4816 de 2015 y SL981 de 2019, al referirse a la manifestación de la actora frente a la existencia de una relación laboral del año 2012 al 2019.

A su vez, advirtió que la demandante tuvo diferentes vinculaciones con SERDAN S.A., las cuales obedecieron a distintos a contratos como se menciona a continuación: 1) contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año por tres meses, vigente del 28 de enero del 2016 al 27 de abril del 2016, con una asignación salarial de \$517.091, con pagos quincenales; 2) un contrato individual de trabajo a término fijo a un año desarrollado del 28 de enero de 2017 al 27 de enero de 2018, con un salario \$553.288 y pagos quincenales; y

3) un contrato de trabajo por la duración de la obra o labor determinada, el cual inició el 28 de enero de 2019 y finalizó el 30 de junio del 2019, y devengó la actora un salario básico de medio tiempo de \$390.621, con pagos por periodo quincenal.

Acorde con lo anterior, señaló el juez de primer grado que entre la demandante y la demandada SERDAN S.A. existieron tres contratos de trabajo los cuales tuvieron amplios periodos de interrupción, según las pruebas aportadas al plenario las cuales no fueron desconocidas ni tachadas de falsas, además dijo que la propia demandante manifestó que fue liquidada en debida forma, radicando su inconformidad en el salario percibido, luego, no se le adeudan pagos por la prestación de sus servicios. Adicionalmente, indicó que el Representante Legal de SERDAN S.A. confirmó lo referente a la existencia de los tres contratos de trabajo, reiterando así que no se evidencia que no se le haya pagado lo correspondiente a la actora.

Añadió que la demandante confesó el haber prestado sus servicios en el año 2012 para otros empleadores que no han sido convocados este proceso, reiterando así la existencia de los tres contratos de trabajo atrás referidos, los cuales fueron liquidados debidamente; además que en desarrollo de los mismos fue enviada a diferentes clientes, entre los cuales se encontraba el EDIFICIO SAVANNAH – P.H., habiendo señalado la representante de esa demandada que siempre contrata el personal a través de SERDAN S.A. quien provee el personal, y que la actora tuvo que ver con ellos a razón del último contrato de trabajo, y que posterior a ese contrato esas dos demandadas suscribieron otro contrato.

Concluyendo así el fallador de instancia, que la demandante no cumplió con la carga de la prueba referente a demostrar que prestó sus servicios con anterioridad a enero de 2016, pues no existen elementos que permitan inferir otra cosa diferente a que la actora prestó servicios a SERDAN S.A. en tres ocasiones en los periodos ya descritos, siendo el último a través de un contrato de obra o labor, el cual finalizó a razón de la terminación de la obra para la cual fue contratada para laborar en el edificio demandado.

En cuanto a la solidaridad deprecada con el EDIFICIO SAVANNAH – P.H., se dijo que había laborado allí del 28 de junio de 2018 hasta el 30 de junio de 2019; que según el contrato la actora fue vinculada como operaria de aseo por SERDAN S.A. para ejecutar tales actividades durante el tiempo que dure el contrato y que en la carta de terminación se le precisó que el contrato terminaba a partir de la finalización de la jornada laboral del 30 de junio de 2019, debido a que la labor para la cual había sido vinculada había concluido, finiquito que se ajusta a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., contrato que igualmente fue liquidado, pues tal documento no fue tachado ni desconocido por la actora.

Además, el fallador de primer grado hizo alusión al artículo 36 del C.S.T., concluyendo que no existía la solidaridad que se alega, pues SERDAN S.A. no es una EST, sino un *outsourcing* que contrata personas naturales para la ejecución de los contratos que pacta con sus clientes, el cual en el caso del edificio accionado, se acordó según las necesidades de la propiedad horizontal, de igual manera que el finiquito del vínculo laboral de la gestora se debió a la terminación del contrato comercial al cambiar las necesidades de ese cliente, sin que se acredite que se adeuda suma alguna a la demandante, por lo que absolvió de tales pedimentos.

Sobre el reintegro de la actora y sus consecuenciales, dijo que no se probó que fuese acreedora a una estabilidad laboral reforzada, pues confesó que a la finalización del contrato gozaba de plena salud, sin que se haya establecido que el despido aconteció por otras circunstancias diferentes a una de las causas establecidas por la ley, absolviendo a las demandadas de tales pretensiones. Corriendo, la misma suerte las pretensiones de primer y segundo orden, acotando en lo atinente a la declaratoria de contrato de trabajo con el EDIFICIO SAVANNAH – P.H., y la solidaridad de SERDAN S.A., que no se acreditó la existencia del mismo, pues la actora fue confusa al determinar para quien había laborado de 2012 a 2019, como ya se expuso, en tanto en inicio señaló que para una persona natural, que no fue llamada a este proceso y que posteriormente trabajó para una empresa de nombre BHI y después para SERDAN S.A., contrataciones aquellas de las que no existe prueba diferente a la aquí señalada frente a SERDAN S.A., absolviendo de tales pretensiones,

sucediendo lo mismo con las pretensiones relacionadas con el pago de indemnizaciones que se reclaman en el *petitum*.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. Adujo que en la realidad existió un relación laboral entre la actora y el EDIFICIO SAVANNAH - P.H., vínculo laboral que fue maquillado con la contratación aparente con la intermediara SERDAN S.A., como se demostró en el interrogatorio de parte que rindió la representante legal del edificio demandado, quien manifestó que dictaba órdenes y daba recomendaciones para el cumplimiento del servicio a la demandante, siendo evidente la subordinación, situación que ratificó la actora en el interrogatorio de parte que absolvió en el que manifestó que las ordenes, el horario y los implementos de aseo eran entregados por la administradora del edificio; luego, si bien no fue posible que los testigos comparecieran, también lo es que los hechos de la demanda fueron objetos de confesión en los interrogatorios rendidos por las partes, siendo evidente la indebida valoración probatoria por parte del *a-quo* al momento de emitir el fallo, argumentos por los que solicita se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda.

Reiteró que era notorio que la relación laboral de la actora fue con el EDIFICIO SAVANNAH - P.H., de modo que, contrario a lo decidido por el Juez de instancia se debe declarar la existencia del contrato de trabajo con el edificio. Adujo frente a la continuidad laboral que, si bien hay unos contratos los mismos son sustento de cómo se dio la indebida contratación por parte del edificio demandado con la actora, pues ello se depende de las declaraciones de la actora y de la representante del edificio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, y atendiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala auscultar si el demandado EDIFICIO SAVANNAH - P.H. fue el verdadero empleador de la actora.

c. Del verdadero empleador:

Sea lo primero indicar, de acuerdo con lo establecido por el *a-quo* no se acreditó la existencia de un solo contrato de trabajo, al haberse establecido solución de continuidad en diversos interregnos, y por ende los contratos de trabajo tienen los siguientes interregnos, aspecto que no es objeto de reproche en esta instancia:

No.	INICIO	FINAL	TÉRMINO CONTRATO	SALARIO
1	28/01/2016	27/04/2016	Fijo a tres meses	\$ 517.091
2	28/01/2017	27/01/2018	Fijo a un año	\$ 553.288
3	28/01/2018	30/06/2019	Duración de la obra o labor	\$ 390.621

Además, que los pagos de dichos salarios eran quincenales, que el cargo desempeñado por la actora fue el de operaria de aseo, que en el último de los contratos prestó sus servicios en el EDIFICIO SAVANNAH - P.H. y que dicho vínculo contractual terminó por finalización de la obra o labor para la cual fue contratada; aspectos que se demuestra con los contratos de trabajo suscritos entre la promotora y SERDAN S.A., la carta de terminación del último de los citados contratos, las liquidaciones de los mismos y los contratos comerciales que pactaron las demandadas para la prestación de servicios de aseo. (Fls. 22 a 32 y 62 del archivo 01 y archivos 5, 6, 9, 10, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 de la carpeta 02)

Aspectos que igualmente fueron corroborados por el fallador de instancia, quien en últimas concluyó que el verdadero empleador de la activa fue SERDAN S.A., conforme lo solicitó de manera principal la parte actora en el libelo demandatorio, declarando así la existencia de los tres contratos antes referidos, advirtiendo esta Colegiatura que si bien el primero de los contratos

estuvo vigente entre el 28 de enero de 2016 y el 27 de enero de 2017, conforme se corrobora de la liquidación de ese contrato el cual yace en el plenario en el archivo 21 de la carpeta 02, lo cierto es, que la activa no refutó tal circunstancia en su alzada por lo que tales situaciones se mantendrán incólumes atendiendo al principio de congruencia, por lo que la Sala únicamente se centrará en verificar si en el contrato de trabajo que pactó la demandante con SERDAN S.A. del 28 de enero de 2018 al 30 de junio de 2019 el verdadero empleador fue el EDIFICIO SAVANNAH - P.H.

De cara a lo anterior, conviene traer a colación lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3116-2022, Radicación No. 89043 de 16 de agosto de 2022, en la que al referirse sobre el artículo 34 del C.S.T. que regula lo atinente al contratista independiente, expuso lo siguiente:

“De la tercerización laboral, outsourcing o externalización de funciones:

La tercerización laboral, entendida como un modo de organización de la producción, en virtud del cual se hace un encargo a otros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo es legítima, bajo lo dispuesto en el artículo 34 del CST, pero cuando se aleja de las razones objetivas, técnicas y productivas por las que ha sido concebida, pierde su licitud.

En efecto, al tenor de lo explicado en la sentencia CSJ SL467-2019, mediante el outsourcing o externalización de procesos en comento es posible que el empresario se concentre en las actividades del negocio principales y descentralice las labores de apoyo que no le producen lucro o acceda a proveedores que, por su especialización, le ofrezcan servicios a costos más reducidos de los que le implicaría asumir la función directamente, empero, en ese contexto, nunca podrá ser utilizada como una herramienta que atente contra los principios del derecho laboral del artículo 53 de la CP.

Así las cosas, la contratación de terceros para que se ocupen de partes del proceso productivo en una determinada empresa, no permite la aceptación de relaciones deslaboralizadas o que eviten la vinculación directa con el empleador, para debilitar la capacidad de acción individual o colectiva del subordinado.

Bajo esos parámetros jurídicos, la Corte en la sentencia CSJ SL4479-2020, apuntó que:

[...] no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato

sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.

En otras palabras, si las cooperativas de trabajo asociado, las sociedades o empresas con quienes se hubiere externalizado el servicio, no actúan como verdaderas empleadoras, en la medida que no sean quienes ostentan el poder de sujeción propio de los vínculos subordinados, por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, ha de imputárseles la condición de terceros en la relación laboral, esto es, de intermediarios, en los términos del numeral 2° del artículo 35 del CST.

En igual sentido se recordó en la sentencia CSJ SL955-2021, en un caso contra la misma demandante, al memorar, con fundamento en la decisión que se comenta:

[...] para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.” (Subrayado de la Sala).

En virtud de lo anterior, es viable externalizar procesos por medio de un *outsourcing* a fin de que una determinada sociedad o empresario se centre en el objeto principal de su negocio y desconcentre labores de apoyo que no le producen valor o acceda a proveedores especializados que le brinden servicios a un costo más reducidos que el que le implicaría asumir tal función de manera directa, sin embargo, tal herramienta no puede ser utilizada para ir en contravía de los principios del derecho laboral según lo reglado en el artículo 53 de la C.P.

Así las cosas, se encuentra que en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada SERDAN S.A., señor JAMES HUMBERTO FLORES SERNA, quien manifestó no conocer a la demandante, quien sostuvo tres vínculos laborales con esa encartada, el primero de enero de 2016 a enero de 2017, el cual fue a término fijo a tres meses y finalizó por expiración del plazo fijo pactado; el segundo del 28 de enero de 2017 al 27 de enero de 2018, el cual terminó por expiración del plazo fijo pactado y el tercero del 28 de enero de 2018 al 30 de junio de 2019, el cual era por obra o labor contratada.

Refirió que en vigencia de tales vinculaciones la demandante prestó sus servicios en la administración de SERDÁN S.A. y posteriormente en otras empresas clientes, como el EDIFICIO NOGAL y el EDIFICIO SAVANNAH - P.H. como operaria de aseo, precisando que en desarrollo del último contrato prestó servicios en SAVANNAH, hizo mención a los salarios que devengó en cada contrato y que en cada uno le fueron canceladas todas las prestaciones sociales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones a las que tenía derecho.

Enfatizó que esa empresa como *outsourcing* o contratista independiente que es, de acuerdo a lo normado en el artículo 34 del C.S.T., suministra todos los elementos de aseo y de protección personal y dotación a sus trabajadores, acotando que no envía trabajadores en misión en tanto no es una temporal, por lo que no se rige por las normas que regulan tales modos de contratación, pues goza de plena autonomía técnica y financiera.

Sostuvo que suscribió con el EDIFICIO SAVANNAH P.H. un contrato comercial con el fin de prestar servicios de outsourcing de aseo, en donde acordaron servicios de aseo de lunes a sábado por seis horas diarias, y luego se cambió a los días lunes, miércoles y viernes por cuatro horas. Además, señaló que su objeto social permite evidenciar que presta servicios de *outsourcing* a diferentes empresas en el país de aseo y cafetería. De otro lado, destacó que la trabajadora recibió capacitaciones y que antes de 2016 no prestó sus servicios a esa demandada.

Que la terminación del último contrato de trabajo, obedeció a la terminación del Contrato Comercial No. 0261 que pactó con la propiedad horizontal demandada, el cual finalizó el 30 de junio de 2019, de lo cual tenía conocimiento la actora. Mencionó que después de ese contrato las encartadas suscribieron otro contrato el cual contenía otras condiciones diferentes al anterior. Que la activa laboraba de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. en el último contrato y que no conoce la existencia de llamados de atención.

Por su parte, la Representante Legal del EDIFICIO SAVANNAH - P.H., MARGARITA ROJAS, señaló que es la administradora del edificio y que conoce a la promotora al prestar los servicios de aseo en ese lugar, siendo contratada a través de SERDAN S.A., pues en los edificios que administran el personal de aseo se contrata a través de esa sociedad.

Expuso que los elementos de aseo los suministraba el edificio, empero, el horario lo establecía SERDAN S.A. de acuerdo a lo pactado con esa sociedad, y que posterior a la terminación del contrato de la actora, pactó un nuevo contrato comercial con la propiedad horizontal.

Indicó que la actora conocía bien su actividad y no había necesidad de darle indicaciones y que SERDAN S.A. tenía supervisores que revisan el trabajo; añadió que antes de pagar los honorarios por el contrato comercial ellos pedían el pago de parafiscales. Que la actora tuvo un incidente con una manguera que le afectó la visión, pero que no fue en las instalaciones del edificio, y que nunca presentaron quejas sobre los servicios.

A su turno, la demandante en el interrogatorio de parte y al ser indagada por el contrato a término fijo que celebró con SERDAN S.A. el 28 de enero del 2016, dijo que no fue cierto, y posteriormente aceptó haberlo suscrito, siendo la administradora de la propiedad horizontal quien la envió. Que no trabajó en el edificio EL NOGAL; que ingresó a trabajar en el EDIFICIO SAVANNAH directamente, insistiendo que lo fue en el 12 de enero del 2012, por recomendación de una hermana que trabajó con la administradora en otro edificio; que permaneció en la copropiedad hasta el 29 de junio de 2019. Que primero fue enviada a una oficina que se llama BHM, durante 2 años,

posteriormente a otro sitio de trabajo, y finalmente se le dijo que iba ser contratada por otra empresa que se llamaba SERDAN S.A.

Que le pagaron la liquidación al 30 de junio del 2019, pero no estuvo de acuerdo con lo solucionado. Al ser indagada sobre si había conoció a la administradora del EDIFICIO SAVANNAH en el año 2012, contestó que incluso trabajó en otro edificio con un hermano de ella, y que solo trabajo en el edificio demandado por conducto de SERDAN S.A.

Al preguntar el Juzgado de origen quien controlaba el cumplimiento del horario, manifestó que SERDAN S.A. designa personas que verifican tal aspecto así como el aseo, y la administradora de igual manera hacía llamados de atención, sin embargo, posteriormente señaló que nunca tuvo un llamado de atención, ni fue despedida porque era una excelente trabajadora.

Acorde con lo anterior, advierte este Juez Colegiado que contrario a lo aducido por la parte demandante en su alzada, no se alcanza a vislumbrar que se haya encubierto la existencia de un contrato de trabajo con el edificio accionado, siendo este el verdadero empleador de la gestora, pues, si bien la representante legal de la propiedad horizontal demandada señaló en su declaración que los elementos de aseo los suministraba el edificio, se observa que tal situación fue pactada en la cláusula novena del contrato comercial OSS-0261 que suscribieron las demandadas el 11 de diciembre de 2015, el cual estaba vigente para el periodo en el que la actora presto sus servicios al edificio enjuiciado. (Archivo 16 de la carpeta 02).

De otro lado, la misma demandante en su declaración aseveró que SERDAN S.A. tenía personas que verificaban el aseo, lo cual coligió la representante legal del EDIFICIO SAVANNAH, quien fue conteste en sostener que la actora conocía bien su actividad y no había necesidad de darle indicaciones y que SERDAN S.A. tenía supervisores que revisan el trabajo, siendo evidente que en ningún momento dicha accionada confesó dar órdenes a la actora, contrario a lo aducido por la impugnante en su alzada. Adicionalmente, nótese que la promotora sostuvo que nunca tuvo un llamado de atención.

Además, se observa que SERDAN S.A. era quien pagaba los salarios de la demandante y demás acreencias laborales, aunado, a que al verificar el objeto social de esa encartada se verifica que presta servicios de aseo y limpieza. (Archivo 00 - carpeta 02).

Dicho esto, no se advierte que SERDAN S.A. no se trate de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción y con empleados bajo su subordinación, como viene de verse, motivos por los cuales no se arribaría a una conclusión diferente a la del *a-quo*, el cual estableció que dicha sociedad fue el verdadero empleador de la gestora en la forma como lo indicó en la sentencia confutada, reiterándose que nada diferente de lo antes dicho, se extrajo de las declaraciones de las partes, respecto de lo cual huelga recordar que la confesión versa sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, por lo que la parte demandante no puede verse beneficiada con su propio dicho, deviniendo como consecuencia de tales razonamientos, la confirmación de la sentencia de primer grado en tal sentido.

Finalmente, la Sala no tiene a su alcance ahondar en aspectos diferentes a los planteados en el recurso de apelación presentado en la oportunidad procesal pertinente, tales como el pago de acreencias laborales o un despido sin justa causa, pues no fueron objeto de inconformidad al momento en que fue notificada en estrados la sentencia de primer grado, según lo reglado en los artículos 66 y 66-A del C.P.T. y de la S.S. y 13 de la Ley 2213 de 2022; situación que fue puesta de presente por parte del Juez de instancia al abogado de la parte actora en esa oportunidad.

Lo anterior, como quiera que advierte esta Colegiatura que en el expediente digital en el archivo 17, obra escrito de la parte actora con asunto “*recurso de apelación y reparos sentencia primera instancia*”, en el que además de los argumentos expuestos en la apelación que presentó en la etapa correspondiente, pretende agregar nuevos señalamientos a la alzada con tal escrito, reiterándose que el Juez Colegiado solo se limita su estudio a los temas planteados en el recurso de apelación y no a aquellos contenidos en escritos anteriores o posteriores, como los alegatos de conclusión, o el aquí puesto de presente, según se dijo en sentencia SL5207-2021, Radicación No. 77421 de

17 de noviembre de 2021, en los que pretende debatir lo referente a la terminación del contrato.

Al respecto, conviene memorar lo expuesto por el órgano de cierre sobre la sustentación del recurso de apelación, en sentencia SL3906-2022, Radicación No. 91665 de 16 de noviembre de 2022, en la que además acogió lo señalado sobre el asunto en sentencias SL 818-2018 y la de 14 de agosto de 2007, Radicado 28474 y lo indicado en sentencia de 19 de marzo de 1987 por la Sala de Casación Civil en auto de 30 de agosto de 1984, en la que expuso lo siguiente:

“El estatuto adjetivo laboral en su artículo 66A, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, establece que «La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación», precepto que impone al juez de alzada el límite de su competencia para resolver la impugnación concretándola exclusivamente a las materias que fueron objeto del recurso de apelación.

Así mismo, esta Corporación ha señalado que la parte que apela está obligada a sustentar de manera puntual, clara y suficiente el recurso, sin que ello implique el establecimiento de fórmulas sacramentales, pues de no cumplir con tal obligación, el ad quem no puede asumir, de manera oficiosa, el estudio de ningún tema no propuesto.

Así lo reiteró en sentencia CSJ SL 818-2018, en la que sobre este deber del apelante, indicó:

Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada.”

(...)

“Para no tolerar esguince al precepto legal transcrito, y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no pueda darse por sustentada una apelación, y por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

abstractas tales como, 'sí hay pruebas de los hechos', 'no están demostrados los hechos', u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado> (Gaceta Judicial, Tomo CXC, págs. 442 y 443). “Posteriormente, en fallo de 19 de julio de 2006 (radicado 26171), expresó: “. “También se ha establecido que la exigencia legal de sustentación del recurso de apelación responde a la esencia de una segunda instancia, que, por regla general, se activa por el impulso de alguna de las partes y en razón a la inconformidad con decisiones del juez a quo, ello porque la actuación oficiosa del ad quem de la jurisdicción laboral tiene carácter excepcional, como en los restrictivos eventos en que procede el grado de consulta, de manera que la segunda instancia es una garantía de debido proceso para las partes y no una tutela oficiosa de control funcional del superior.”

(...)

“Conforme se advierte del recurso de apelación antes citado, es compartida por esta Sala la conclusión a la que arribó el ad quem, pues no puede entenderse que con la simple mención a la culpa del empleador en algunos de los argumentos expuestos para sustentarlo, deba entenderse que esta fue objeto de reproche expreso por el apelante, pues su referencia se hizo en aras de controvertir el origen laboral que se dio al accidente en el que perdió la vida el trabajador que no, a desvirtuar que el mismo acaeció por culpa suficientemente comprobada del empleador.”
(Subrayado por la Sala)

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, por las razones *a quo* expuestas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de la actora y a favor de las demandadas, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 01 2020 00096 01
Demandante: GLADYS STELLA PARDO ROJAS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GLADYS STELLA PARDO ROJAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de

declararse que la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de los fondos privados que fueron convocados a juicio, el cual se realizó sin su consentimiento.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES el valor total de los bonos pensionales que recibió, con su correspondiente indexación, rendimientos e intereses y se ordene a COLPENSIONES a reconocer el tiempo laborado y emitir historia laboral actualizada, además, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria, pretende se declare ineficaz su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 27 de agosto de 1958, que estuvo vinculada a COLPENSIONES en donde alcanzó un total de 771 semanas y se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad el 6 de abril de 1995, sin recibir asesoría de ningún funcionario de COLFONDOS S.A. respecto de los beneficios o consecuencias que le acarrearía esa decisión, pues simplemente su jefe inmediato le indicó que firmara el formulario.

Agregó, que cotizó a PORVENIR S.A. un total de 1098 semanas desde febrero de 1997 hasta la fecha y que tiene un ingreso base de cotización de \$2.297.000, por lo que la mesada y los beneficios pensionales que le serán reconocidos en ese fondo son inferiores a los que recibiría de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, destacando que la suscripción de los documentos de traslado se dio bajo una construcción irreal de sus expectativas pensionales en ambos regímenes pensionales.

De otro lado, refirió que el 4 de noviembre de 1997, su jefe inmediato le indicó que se llevaría a cabo una reunión con PORVENIR S.A., en el que explicarían temas

pensionales, a la cual no pudo asistir, sin embargo, al poco tiempo su jefe le manifestó que, al no asistir a la reunión le había sido asignado un formulario para que lo firmara, el cual suscribió sin huella. (Fls. 50 a 66 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en la demanda. Al respecto adujo que la afiliación realizada por la demandante a través de HORIZONTE S.A. en el año 1997, fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido asesorada amplia y suficientemente acerca de las características y condiciones pensionales del régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, cumpliendo con los requisitos esenciales del acto jurídico establecidos en el Código Civil en los artículos 1502 y siguientes, al no existir vicios en el consentimiento, causa y objeto ilícito, por lo anterior, se considera válido en los términos del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Fls. 50 a 159 archivo 01 y archivo 03).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, aunado a que no se logra probar la nulidad o ineficacia en la afiliación a dicho régimen, dado que el traslado se realizó con plena voluntad de quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., cumpliendo con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, que abordan lo referente a la posibilidad de traslado de régimen pensional y el impedimento de traslado cuando se esté a menos de diez años de la edad de pensión.

Formuló los medios exceptivos los que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (Fls. 162 a 180 archivo 01 y archivos 08 y 10).

Entre tanto, COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de traslado de régimen y entre administradoras de pensiones, además, asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, y la rentabilidad de los aportes en el régimen que administra.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias que administra, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago. (Fls. 213 a 225 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora GLADYS STELLA PARDO ROJAS, identificada con la C.C. No 20.568.835, a través del fondo administrado por PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante GLADYS STELLA PARDO ROJAS, identificada con la C.C. No 20.568.835 al régimen de prima media con prestación definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la señora GLADYS STELLA PARDO ROJAS, identificada con la C.C. No 20.568.835 en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el

momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: *DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

SEXTO: *SIN COSTAS para las partes en la presente instancia.”*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* después de analizar los diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos, el interrogatorio de parte que depuso la gestora y memorar la amplia y pacífica jurisprudencia emitida sobre el particular, indicó que si bien no se observa constreñimiento para que la activa se trasladara, lo cierto es, que se advierte la carencia de una debida información a la afiliada sobre las ventajas y desventajas del traslado, de modo tal que pudiera prever las consecuencias que le acarrearía, incumplido así los fondos demandados con el deber de información a su cargo, la cual era de vital importancia para la correcta elección de la afiliada, ello, en aras de tener claridad sobre su futuro pensional.

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, correspondiendo a las demandadas llevar a cabo lo pertinente a fin de dar vialidad a la afiliación de la demandante en el régimen de prima media y la consecuente devolución de emolumentos que esa situación conlleva, absteniéndose de emitir condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que las Altas Cortes en los pronunciamientos en los que ha fijado los parámetros para analizar casos en los que se solicita la ineficacia del traslado de régimen pensional, han expuesto que se debe ser verificar cada caso en particular, por cuanto la actora en el presente asunto es una persona capaz, consciente y con cualidades académicas que permitieron tomar la decisión de afiliarse al RAIS, la cual estuvo presidida de la información necesaria a afectos de determinar cuál era la opción más acorde a sus intereses.

Luego, aspectos como la fluctuación en el mercado de trabajo y la evolución de los salarios de la demandante y otras variables, no son razones suficientes para

considerar que no se le suministro toda la información necesaria, así se expuso en sentencia SL1452 de 2019. Igualmente, que la actora tenía obligaciones con el fondo de pensiones pues la Ley 100 de 1993 es de orden nacional, sin que sea excusa su desconocimiento, de ahí, que no puede indicar que en el año 1994 no se le brindó una debida asesoría, cuando realizó aportes durante más de 20 años al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que pueda alegar una vulneración a su derecho de pertenecer al régimen de prima media y que su objetivo principal es tener una pensión digna, pues al ser incierta la fluctuación salarial en el tiempo, es difícil tener certeza sobre su futuro, por lo que solicita se revoque la sentencia objeto de disenso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993,

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLFONDOS S.A. el 6 de abril de 1995 y el formulario mediante el cual se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 4 de noviembre de 1997, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de mayo de 1995 y el 1º de enero de 1998, respectivamente, según el reporte SIAFP. (Folios 7 y 12 archivo 01 y folios 76 y 113 archivo 03). Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, la demandante señora GLADYS STELLA PARDO ROJAS en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en ningún momento en el año 1995 le informaron las particularidades de su traslado a COLFONDOS, en tanto solo le hicieron suscribir el formulario por parte de un funcionario que ya no labora en la UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA, documento que dijo no lo leyó, reiterando que no hubo asesoría; además, aseveró que desea trasladarse para tener una pensión digna. En cuanto al traslado en 1997 a PORVENIR S.A., expuso que tampoco se le brindó asesoría ya que no había un asesor del fondo presente.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se

esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, debe precisar la sala que el traslado de régimen pensional que se hace ineficaz, alude al que realizó en inicio a COLFONDOS en 1995 y no a PORVENIR S.A. como quedó plasmado en la parte resolutive de la sentencia confutada, de ahí, que tal declaración conlleve a que los demás traslados horizontales que llevó a cabo la gestora tampoco se hayan hecho efectivos, como en el caso del que realizó a PORVENIR S.A. en 1997; en consecuencia, se modificará el numeral primero de la sentencia en tal sentido.

De otro lado, es evidente que además de los gastos de administración, los fondos privados deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo indexar estos tres conceptos, por ende, se modificará y adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, a través del fondo administrado por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Para en su lugar,

precisar que, se declara ineficaz el traslado de régimen pensional realizó a través de COLFONDOS S.A. y el traslado horizontal que llevó a cabo por medio de PORVENIR S.A., por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que además de los gastos de administración, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que deben ser indexados al momento del pago, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

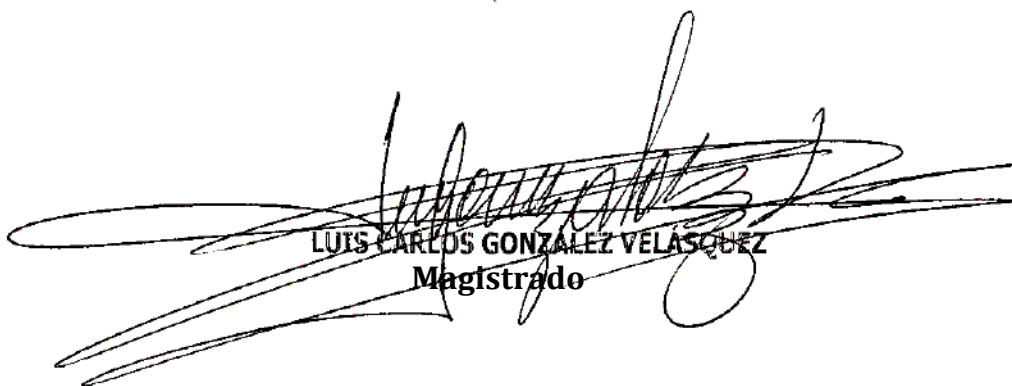
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 03 2020 00341 01
Demandante: VICTOR EDUARDO PERALTA
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor VICTOR EDUARDO PERALTA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y los demás traslados horizontales que realizó en este último régimen; además, se declare que siempre estuvo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida que administra hoy COLPENSIONES, y que no surtió efectos legales el traslado de régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el monto total de su cuenta individual, junto con los rendimientos, intereses y demás frutos generados, los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES y que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. en agosto de 1994, sin que los asesores de ese fondo le brindaran la información suficiente; y que posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A., administradora en la cual se encuentra afiliado en la actualidad.

Refirió que mediante petición radicada el 26 de diciembre de 2019, solicitó a COLFONDOS S.A., la documentación relativa a su traslado, ante lo cual esa encartada señaló que no contaba con la misma. De la misma forma, expuso que solicitó a COLPENSIONES el 23 de julio de 2020 la nulidad de su traslado de régimen pensional y la aceptación de su afiliación al régimen que administra, pedimento que fue denegado por esa entidad.

Adujo que el traslado de régimen no se dio en debida forma, ya que no se le suministró la información necesaria y previa al trasladado de régimen sobre las implicaciones que ese cambio le conllevaría, pues el asesor del fondo privado solo le dijo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría y sus cotizaciones se perderían, sin realizar cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional, agregando que de estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida accedería a una prestación pensional superior a la obtendría en el fondo privado. (Fls. 81 a 91 archivo 01 y archivo 03).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el actora se trasladó al régimen de ahorro



individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. De otro lado, señaló que del escrito de demandada se puede evidenciar la negligencia de la demandante, ya que no realizó consulta alguna sobre su situación pensional, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa, en esa medida, en el presente caso existe un error de derecho el cual, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento, por ende, la afiliación del gestor al RAIS resulta ser totalmente válida, además se encuentra inmerso en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 07).

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional del demandante al régimen que administra fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas ley, luego, no existe prueba alguna que dé cabida a la nulidad de la afiliación a razón de algún vicio del consentimiento; por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 09).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Entre tanto, COLFONDOS S.A. dijo no oponerse a las pretensiones relacionadas con el traslado de régimen; empero, si a las referentes a condenas *ultra y extra petita* y las costas del proceso. Al respecto, señaló que aunque la afiliación es completamente válida y obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si se considera viable ordenar el traslado de régimen no se opondría a tal decisión y trasladaría los aportes, junto con los rendimientos, siempre y cuando ello no le implique algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesorio como las costas. Además, precisó que a la fecha no cuenta con valores adicionales por concepto de bonos pensionales y que solo puede dar viabilidad al traslado hasta que COLPENSIONES lo acepte.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la buena fe, la innominada o genérica y la de compensación y pago. (Archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del demandante VICTOR EDUARDO PERALTA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 27 de julio de 1994, y el traslado horizontal realizado con posterioridad de COLPATRIA S.A. a COLFONDOS S.A., para entender vinculado al demandante, en forma válida al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante VICTOR EDUARDO PERALTA por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos. De la misma manera se condenará se condenará a la PORVENIR S. A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a gastos de administración, las sumas destinadas a los seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la demandada COLPENSIONES, denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad del sistema financiero, y la de prescripción propuesta por todas las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las demandadas (...).

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* adujo que el problema jurídico a resolver consistía en verificar si procede la ineficacia del traslado que solicita el actor. Seguidamente, al hacer mención a las pruebas que obran en el plenario señaló que se podía constatar que el traslado de régimen del promotor se dio el 27 de julio de 1994 a través de COLPATRIA y que posteriormente se afilió a COLFONDOS S.A. el 12 de noviembre de 1999, además de la declaración que rindió no se advierte confesión frente al suministro de la debida información por parte de los fondos demandados.

Añadió, que para la fecha del traslado ya existían normas que imponían la obligación de los fondos de brindar una información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes a efectos de que pudieran tomar la mejor opción del mercado, entre esas normas estaba el artículo 1º del Decreto 663 de 1993, artículo 12 del Decreto 720 de 1994, además la doctrina del precedente vertical emanada del órgano de cierre de esta especialidad, se fue dando alcance a esas normas, así, en sentencia de 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989, aclaró cuatro temas específicos, que en adelante y para mantener la misma línea jurisprudencia se fueron aclarando otros aspectos, pero se mantuvo la misma línea, la cual se fue reforzando.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De esa forma, se concluyó que la carga de prueba está en cabeza de las demandadas, además que la firma libre y voluntaria del formulario de afiliación no era suficiente para dar cumplimiento al deber de información, que los traslados horizontales y el hecho que no se hubiese retornado en los tiempos establecidos por la ley, no tenían la virtualidad de sanear el vicio de ineficacia que arrastra el acto inicial de un régimen a otro.

Así, concluyó que al no haberse demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de PORVENIR S.A., ello conlleva a declarar la ineficacia del traslado y a su vez el que se llevó a cabo a COLFONDOS S.A., ordenando a los fondos privados trasladar los emolumentos a COLPENSIONES; por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a la condena en costas, aduciendo que la entidad se encuentra en el presente asunto a razón de la negativa de aceptar el traslado del actor a esa administradora, la cual solo se ciñó al imperio de la ley, conforme lo reglado en la Ley 797 de 2003. Además, el actor nunca se vio constreñido a trasladarse de régimen y ratificó con su actuar su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y solo cuando advirtió que su mesada no le convenía elevó la presente acción.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 27 de julio de 1994 y el formulario mediante el cual se trasladó a COLFONDOS S.A. el 12 de noviembre de 1999, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de agosto de 1994 y el 1º de enero de 2000, respectivamente, según el reporte SIAFP. (Folios 37 archivo 09 y folios 91 y 92 archivo 12). Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el demandante señor VICTOR EDUARDO PERALTA en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que en el año 1994 laboraba para LEVAPAN y existía el rumor que el ISS iba a desaparecer, por lo que los fondos privados realizaron una reunión en la empresa aduciendo una buena rentabilidad, que se pensionaría de manera anticipada y que era factible heredarla, por lo que vio viable el traslado y suscribió el formulario, el cual aduce no leyó.

Agregó, que no le dieron más información y estaba convencido de la rentabilidad prometida. De otro lado, sostuvo que su traslado a COLFONDOS S.A. se dio por cuanto le manifestaron que COLPATRIA tenía problemas económicos; además sostuvo que la información que le brindó el asesor fue la misma que le dieron en 1994.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una

información de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, tal como lo sostuvo el Juez de primer grado, es evidente la viabilidad de impartir condena a cargo de los fondos privados de devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin embargo, tales conceptos deben ser indexados al momento de su devolución como lo ha sostenido la Alta Corporación, según viene de verse, por lo que se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que los gastos de administración, las primas de seguros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento de su devolución a COPENSIONES pago por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 04 2021 00206 01
Demandante: OSCAR QUINTERO QUINTERO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, identificado con cédula de ciudadanía 80.094.916 y T.P. 244.839 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor OSCAR QUINTERO QUINTERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que

se declare la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó en los años 1995 y 2013 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., respectivamente.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con ocasión de su afiliación, esto es, con los aportes, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínimo, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración; se condene a COLPENSIONES a activar sin solución de continuidad su afiliación en el régimen que administra y reciba los conceptos antes referidos; e igualmente, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el cumplimiento de su status pensional. Por último, solicita se condene a las demandadas a lo que resulte probado en usos de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 17 de febrero de 1959 y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el 1º de enero de 1983, alcanzado un total de 148.57 en el régimen de prima media. Agregó que, estando al servicio de la empresa HELMERICH & PAYNE, en el año 1995 empezaron a recibir constantes visitas de asesores de los fondos privados, quienes informaban que el I.S.S. se acabaría. Enfatizó que en una reunión el asesor de COLFONDOS S.A. les explicó la conformación y ventajas de pertenecer al R.A.I.S., que tendrían un ahorro individual, que se podrían pensionar de manera anticipada y que en cualquier momento podían solicitar el capital, sin embargo, no le informó el monto ni las condiciones con las cuales se calcularía su pensión; además, omitió informar los requisitos, condiciones y riesgos de ese régimen.

Resaltó que no fue informado sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de cumplir 52 años de edad, ni el derecho de retracto que le asistía; de esa forma, su traslado al RAIS fue producto de la falta al deber de información por parte del fondo de pensiones privado, situación que persistió en el año 2013 cuando se trasladó a PORVENIR S.A., traslado de régimen que afectó gravemente su derecho a una mesada pensional digna.

De otro lado, adujo que agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 20 de abril de 2021, entidad que le indicó que no era posible activar su afiliación en ese régimen ni recibir los aportes que realizó al R.A.I.S. Asimismo, informó que solicitó el 12 de febrero de 2021 la nulidad de su traslado a PORVENIR S.A., pedimento que no ha sido atendido por esa encartada. Finalmente indicó que a la fecha de presentación de la demanda no se encuentra pensionado, por la cual no le son aplicables los presupuestos de la Sentencia SL 373 de 2021. (Fls. 2 a 9 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, refirió en su contestación que el demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación, lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, recibiendo asesoría de manera verbal por parte de ese fondo, modo de tal, que le permitiera entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que le acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Además, no se aporta prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado horizontal de fondo de pensiones. Luego, la afiliación del actor al R.A.I.S. a través de esa demandada goza de plena validez, razón por la cual no hay lugar a ordenar el traslado al R.P.M.P.D.

Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 09).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por el demandante. Manifestó que el traslado de régimen del gestor se realizó de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Añadió que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría del demandante, no es menos cierto que, si éste decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información que se le brindó por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado primigenio, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos

como la documental aportada, no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su vinculación.

Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema señalado en el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, excepción de aplicabilidad de sentencia SL373 de 2021, prescripción y la innominada o genérica. (Archivo 11).

A su turno, COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Argumentó que la afiliación del actor al R.A.I.S. se presentó en virtud de su derecho de libre escogencia del fondo de pensiones, resaltando que los asesores de esa administradora le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, siendo asesorado acerca de las características del R.A.I.S., y las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el R.A.I.S., el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Además, enfatizó que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado, ya que en ningún momento se está vulnerando el derecho pensional de la actora, pues lo puede obtener en ese régimen, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley.

Impetró las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Archivo 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de OSCAR QUINTERO QUINTERO a la AFP COLFONDOS S.A., realizada en 1995. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de aportes, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a DEVOLVER a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, una vez que se acredite el cumplimiento del número de semanas requeridas y el retiro del sistema, conforme al artículo 33 de la ley 100 de 1993.

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

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas Porvenir S.A. y Colfondos S.A. (...).

OCTAVO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral.”

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que, según la jurisprudencia, la expresión libre y voluntaria del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 versa en la selección de los regímenes pensionales, esta elección presupone un conocimiento, el cual solo es posible cuando se comprende a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, ya que de lo contrario sería acreedor de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha sostenido que, dentro de las garantías en favor de los afiliados, las AFP deben suministrar información de manera clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al momento en que una persona desea trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Refirió que en el caso en concreto, se evidencia que no existe constancia de que la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1995 le hubiese brindado al afiliado información clara y precisa sobre todo lo concerniente al cambio de régimen, pues ni siquiera aportó el formulario de afiliación que suscribiera en su momento el demandante, pues si bien, el actuar del actor es reprochable en cuanto no fue diligente con la construcción de su derecho pensional, lo cierto es, que no obra prueba documental que permita inferir que en cumplimiento del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se hubiese suscrito un formulario de afiliación manifestando la voluntad de elección de régimen pensional. En cuanto al traslado a PORVENIR, dijo que dicho formulario no permite inferir que si brindó información clara, suficiente y completa al actor sobre los efectos de su afiliación a ese régimen. Por ende, no se cumplió con la carga probatoria que le asistía a las encartadas, al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P. Declarando la ineficacia del traslado y el traslado de los emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia.

De otro lado, adujo que no goza de prosperidad la excepción de prescripción puesto que así lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al tratarse de aspectos derivados de la seguridad social que son de carácter irrenunciable.

Respecto a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez, de acuerdo a lo normado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dijo que

si bien el actor contaba con la edad de 63 años, del reporte de semanas que obra en el archivo 09 expedido por PORVENIR S.A., se evidenciaba que el actor contaba solo con 1276 semanas; por ende, tal presupuesto no estaba acreditado, además el actor dijo que seguía laborando, por lo que está incrementando las semanas. En consecuencia, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al actor una vez acredite el cumplimiento de semanas requeridas y se produzca el retiro del sistema conforme lo establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, condenó en costas y agencias en derecho a los fondos privados convocados a juicio.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Solicita se revoque la sentencia primigenia, por cuanto a pesar que existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también esta Alta Corporación ha reiterado que dicha línea no puede ser aplicada de manera homogénea en todos los asuntos donde se solicite la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en la medida que debe existir una similitud de las condiciones fácticas de cada caso en particular.

Similitud que en el presente asunto no se presentó, a lo que se suma la actitud renuente y conveniente del actor en el interrogatorio de parte, de la cual tampoco se puede deducir que existieron faltas al deber de información, al momento del traslado de régimen primigenio, pues no recordó nada al respecto y sobre el posterior traslado; de ahí que no existen razones de hecho ni de derecho que impliquen la ineficacia del traslado.

En lo relativo a la devolución de rendimientos señaló que no es coherente pues contraviene a lo estipulado en el artículo 897 en el Código de Comercio, ya que al declararse la ineficacia del traslado las cosas retornan a su estado inicial, siendo lógico que no hay lugar a los rendimientos, pues son sumas privativas de ese régimen de ahorro individual, aunado a que ha realizado una buena administración de los recursos del actor y de trasladar tales rubros a COLPENSIONES, ello generaría un enriquecimiento sin justa causa.

Sobre las sumas previsionales dijo que fueron trasladados a las aseguradoras, por lo que no están en su poder, adicionalmente, aduce que tampoco procede la indexación de los gastos de administración y seguros previsionales, pues se están retornando sumas superiores a las que se hubieran generado en COLPENSIONES, las cuales cubren cualquier tipo de condena en ese sentido. Por último, solicita se revoque la condena en costas a ese fondo.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la sentencia de instancia, ya que no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues esa entidad es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y las AFP enjuiciadas, actos jurídicos que tiene efecto inter partes, por lo que independiente de la decisión que adopte la autoridad judicial, no se le puede favorecer ni perjudicar; de ahí que no se le debe ordenar recibir al actor como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues de llevarse a cabo ese actuar se estaría dando paso a un desequilibrio financiero en el sistema de seguridad social.

Finalmente, solicita que de confirmarse la condena primigenia, se condene a las AFP accionadas a pagar a esa entidad los perjuicios económicos que se le generen con tal decisión, en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego,*

teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 30 de junio de 1995, con COLFONDOS S.A., sin embargo, de la certificación del SIAFP se puede colegir que ese traslado de régimen se hizo efectivo el 1º de julio de 1995, mismo documento en que se evidencia el traslado horizontal que realizó posteriormente a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 12 de febrero de 2013, lo que igualmente se

corroborar con el formulario de afiliación a ese fondo (folio 19 archivo y folios 30 y 61 archivo 09).

Así las cosas, si en gracia de discusión reposara el formulario de traslado primigenio, lo cierto es, que de tales documentales tampoco se puede que corroborar que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, y que se suministró información oportuna, clara, suficiente y veraz, situación que ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Adicionalmente, la Representante Legal de COLFONDOS dijo que no reposa en sus archivos documental alguna que diera cuenta de la asesoría brindada al actor, diferente a la aportada con la contestación a la demanda. A su turno, el actor en su declaración expuso que un asesor fue al campo en donde se encontraban en el periodo de los catorce días en que laboraba; que la asesoría fue tan rápida que no recuerda haber leído ni suscrito algún documento, acotando que los asesores le dijeron que le ofrecían mejores opciones de pensión, y que además le manifestaron que el ISS se liquidaría; agregó que su traslado a HORIZONTE hoy PORVENIR en 2013, se dio como consecuencia, de un préstamo que les ofrecieron.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información al momento del traslado del demandante, según lo adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo así, evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en

cuenta “la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una “Ilustración de las características, condiciones, acceso,

efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, sobre los cuales hacen alusión las demandadas en sus apelaciones, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros y las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que hacen alusión COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecencial de la devolución de los gastos de administración y

los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR S.A. respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

De otra parte, no es dable realizar consideración alguna frente a la pretensión esgrimida en la alzada de COLPENSIONES de condenar a la AFP a repararla por perjuicios, en tanto no fue objeto del debate judicial.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR

S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se advierte que la sentencia debe ser confirmada en este aspecto.

d. Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003:

El artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

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

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

(...)”

Palmario resulta entonces que el demandante nació el 17 de febrero de 1959 como da cuenta su cédula de ciudadanía (Fl. 117 archivo 01), por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes del año 2021, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, confrontada la totalidad de semanas acreditadas por lo menos hasta la contestación de la demanda que presentó PORVENIR, según la Historia Laboral Consolidada al 5 de agosto de 2021, se observa que el aquí demandante ostenta un total de 1.276 semanas, de las cuales cotizó al ISS por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 1983 al 13 de octubre de 1992, un total de 280.1 semanas; a COLFONDOS de julio de 1995 a marzo de 2013 un cumulo de 755 semanas y a PORVENIR de abril de 2013 a junio de 2021, un total de 241.7 semanas.

Por tal razón, es evidente que a la fecha el demandante no ha acreditado las 1300 semanas que exige la norma en cita, pues solo alcanza 1276 semanas cotizadas al sistema general de pensiones al mes de agosto de 2021, adicionalmente, si bien en el interrogatorio de parte expuso que seguía laborando, por lo menos al 31 de octubre de 2022, esa situación por sí sola no conlleva a determinar que haya alcanzado el número de semanas exigido por la ley para ser merecedor de la pensión de vejez, a lo que se suma que no se ha hecho efectiva la novedad del retiro del sistema de pensiones, aspecto exigido al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

Luego, contrario a lo decidido por el Juez de primer grado, no es posible condenar desde ya a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al actor ya que no se probó que tenga un derecho adquirido, situación que no obsta para que una vez se haga efectivo su retorno al régimen de prima media con prestación definida y acredite las semanas exigidas por la ley, solicite directamente a dicha entidad analice lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

En consecuencia, habrá de revocarse el numeral quinto de la sentencia de primer grado que condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, una vez que se acredita el cumplimiento del número de semanas requeridas y el retiro del sistema, conforme al artículo 33 de la ley 100 de 1993.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia por las razones expuestas de la parte motiva de esta sentencia.

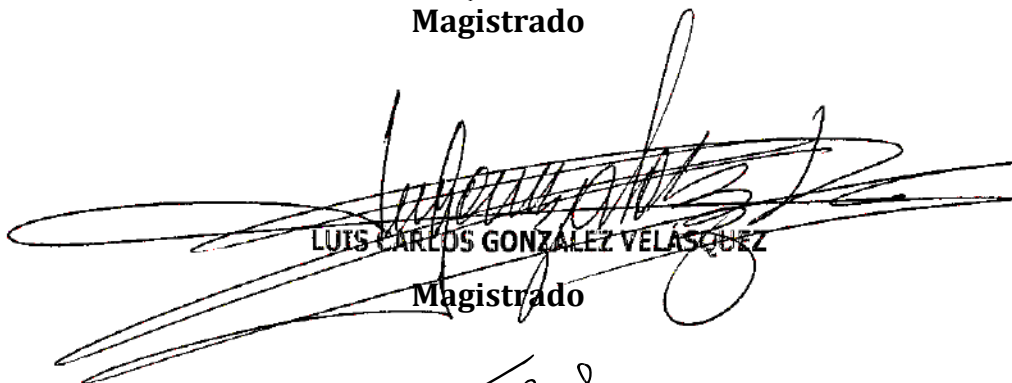
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 07 2020 00318 01
Demandante: MARÍA DEL CARMEN BAYONA ÁLVAREZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y T.P. 289.559 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA DEL CARMEN BAYONA ÁLVAREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia o nulidad del traslado realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizara por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de mayo de 1999, por lo que se encuentra válidamente afiliada en el régimen público.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, los aportes realizados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con los rendimientos y demás sumas causadas a su favor, así como que se le ordene a COLPENSIONES contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el régimen privado, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 10 de febrero de 1957, afiliándose al sistema general de pensiones el 19 de mayo de 1986 por intermedio del extinto ISS.

Que para el mes de mayo de 1999 se vinculó laboralmente con el empleador CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA, lo que conllevó a que se trasladara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la encartada PORVENIR S.A., en virtud a que los asesores de dicha AFP visitaron las instalaciones de su empleadora.

Sostuvo que para el momento del traslado no fue asesorada e informada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de dicho régimen y, en general las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos

pensionales, cosa que debía tener en cuenta al momento de adoptar la decisión de traslado, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que el traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus dependencias fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega en el asunto *sub examine* es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arrima como quiera que no se aporta prueba que permita indicar que el traslado de la actora se haya producido bajo algún vicio del consentimiento que de lugar a que el traslado sea nulo.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y buena fe.

COLPENSIONES por su parte contestó la demanda con oposición de las pretensiones, bajo el entendido que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP PORVENIR S.A., o de que nos encontremos en presencia en algún vicio del consentimiento, máxime si no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió inconformidad por parte de la actora.

Formuló como medios exceptivos los denominados errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Mariela del Carmen Bayona Álvarez, a la AFP Porvenir, contenida en el formulario No. 183502 del 18 de mayo de 1999, a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, contenida en el formulario No. 0830209 del 7 de diciembre del 2011.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora Mariela del Carmen Bayona Álvarez, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, 30 días los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial a ISS.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.

SEXTO: Se condena en costas a los fondos demandados y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: REMÍTASE EN CONSULTA.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la actora solicita la nulidad o ineficacia del traslado que realizó en julio de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., ante su omisión al deber de información frente al cambio de régimen pensional; deber que deben garantizar las administradoras de fondos de pensiones al momento de efectuar el traslado de los afiliados, según lo ha expuesto el órgano de cierre de esta



jurisdicción desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008, con Radicado 31989 y 31314, posición que se mantiene en la actualidad.

Igualmente, sostuvo que desde la creación la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP como lo ha enseñado la jurisprudencia, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1600 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso del gestor toda vez que su traslado del régimen pensional se realizó en 1994, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que PORVENIR S.A., al momento de vincular a la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose ineficaz la vinculación y el traslado que realizó la gestora en 1999 a la AFP PORVENIR S.A., carga probatoria que por demás se regula en el artículo 167 del C.G.P.

En consecuencia, era procedente ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales deben incluir la totalidad del capital



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha de entrega de los mismos, junto con los gastos de administración y primas de seguros de previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínimo, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexada, junto con la información relevante que lo justifique.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que dentro del expediente no hubo prueba que encontrara la existencia de algún vicio del consentimiento en los términos del artículo 1740 del Código Civil, máxime si nos encontramos frente a un error de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado.

Que existe una indebida interpretación al artículo 1604 del Código Civil, toda vez que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la responsabilidad debe estar en cabeza del fondo privado, en la medida de que no se le exige al demandante aportar algún soporte que demuestre encontrarse en la presencia de vicios del consentimiento al momento de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero si recae toda la carga probatoria en el fondo privado, sin que se tenga en cuenta las obligaciones recíprocas consagradas en 2249 de 2010.

Al unísono, refirió que debe tenerse en cuenta el principio de la descapitalización del sistema, como quiera que el pago de las pensiones a aquellas personas que no venían aportando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida causa un notorio perjuicio económico.

PORVENIR S.A. refirió que si bien es cierto existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado ante la falta del deber de información, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que tal precedente debe aplicarse de manera diferenciada según los supuestos fácticos de los cuales se presente una similitud.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que por tal razón, en el caso de marras no se presenta esa situación como quiera que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, e informada en todo contexto sobre las obligaciones que le eran oponibles para la anualidad 1999, calenda última en que se trasladó, de ahí que las cargas al deber de información fueron exigidas con posterioridad, desconociéndose así el principio de la retroactividad y de la seguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta que no existen elementos probatorios que adviertan la configuración de ineficacia del traslado.

De otro lado, arguyó encontrar inconformidad en lo que atañe a la devolución de rendimientos, puesto que no es coherente declarar la ineficacia en cierto sentido y en otros no, porque en estricto sentido la consecuencia jurídica de esa figura es que el negocio jurídico no se haya celebrado jamás, de tal manera que los frutos de la gestión llevada a cabo como AFP tampoco habrían de generarse, como quiera que se tratan de sumas privativas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que ponen a la demandante en una condición mejor y diferente a la que podría ostentar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que daría cabida a la contravención de que trata el artículo 897 del Código de Comercio.

Que en cuanto a las restituciones mutuas, es importante tener en cuenta que respecto de COLPENSIONES en todo momento se ha actuado como un agente oficioso involuntario en los términos de los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, de allí que tan solo estuviese obligada a devolver los rendimientos, ni tampoco la indexación de cualquier concepto.

Por último, expuso la improcedencia de la condena en costas pues al resultar impróspera la ineficacia, no hay lugar a este pago según lo preceptuado en el artículo 365 del C.G.P.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el



cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 18 de mayo de 1999 y el 7 de diciembre de 2011 por intermedio de HORIZONTE hoy también PORVENIR S.A. (Fls. 27 y 29 – PDF 09 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la aquí demandante señora MARÍA DEL CARMEN BAYONA ÁLVAREZ en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 2002 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que la asesora de entonces le indicó que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta

de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consejo y doble asesoría.	Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES en el recurso de alzada, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia. Se fija como agencias en derecho a cargo de las recurrentes la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 08 2021 00163 01
Demandante: GONZALO GAITÁN ARDILA
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GONZALO GAITÁN ARDILA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación

efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, que llevase a cabo por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de enero de 2002 con ocasión de la falta de información y buen consejo por parte de esta última encartada.

Que con ocasión de lo anterior, se le ordene a PORVENIR S.A. retornarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubiesen causado, así como que se le ordene a COLPENSIONES afiliarlo sin solución de continuidad, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus súplicas, adujo que, desde junio de 1994 hasta febrero de 2002, se encontraba afiliado al RPMPD; que para el mes de febrero de 2002, los asesores de PORVENIR S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero sin que le fuese manifestado el capital que debía acumular en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni los requisitos para poderse pensionar ante dicha AFP.

Seguidamente, mencionó que tampoco le fue informado que realizarían inversiones con su capital, no se le efectuó una proyección pensional, que régimen pensional resultaría mejor de acuerdo con sus expectativas pensionales, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el traslado efectuado por la demandante con destino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida se presume no solo efectuado en ejercicio de la libre escogencia de régimen pensional al tenor de los preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por

haber llevado a cabo conforme a las exigencias legales y normativas vigentes para dicha data.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR S.A. por su parte refirió que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de indicarle sus condiciones pensionales como da cuenta el correspondiente formulario de afiliación, donde se observa la declaración escrita a que hace mención el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que por demás se presume auténtico en los términos dispuestos 243 y 244 del C.G.P., en concordancia con el artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional del señor GONZALO GAITÁN ARDILA, realizado del régimen de prima media al RAIS, por acaecido el 16 de enero de 2002, mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional del señor GONZALO GAITÁN ARDILA.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación del señor GONZALO GAITÁN ARDILA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelvan PORVENIR, que reposaban o reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR, fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resultó adversa a Colpensiones, ENVIAR el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, D.C. – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en favor de dicha entidad.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado.

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, se predica respecto de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición. Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre las AFP, quienes en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información y el traslado horizontal no convalida tampoco el traslado de régimen.

Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., absolviendo a la demandada de las demás pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Indicó en su alzada que si bien existe un precedente jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que atañe a la declaratoria de ineficacia del traslado,

el mismo no debe ser aplicado de manera automático a todos los asuntos, sino que debe analizarse cada caso en particular.

Que por tal razón, no es factible realizar la devolución por concepto de gastos de administración, como quiera que de conformidad con lo estatuido en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, de allí que dichos rubros no formen parte integral de la pensión de vejez y, por consiguiente, se encuentran sujetos al fenómeno prescriptivo, máxime si se tiene en cuenta que la Superintendencia Financiera ha indicado que cuando proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, pero sin que procedan devoluciones de primas de seguros previsionales en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

Seguidamente, arguyó que incluso debe declararse la prescripción respecto de la devolución por los mentados gastos de administración, primas de seguros, o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros, por cuanto no le corresponde a sus afiliados en ninguno de los dos regímenes ya que no financian la prestación de vejez, por lo que de prosperar lo dispuesto por la *a-quo*, generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

COLPENSIONES sostuvo que el traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo en ejercicio de la libre escogencia preceptuada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como que se ajustó a derecho en atención de las exigencias legales ordenadas para la época, adicional a que para la época del traslado el único requisito a tener en cuenta era el formulario de afiliación, adicional al hecho que inclusive en caso de ordenarse la devolución de los rubros dispuestos en primera instancia debidamente indexados, tales contingencias no alcanzarían a cubrir una presunta prestación a favor del demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia*

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

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

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

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

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

beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 16 de enero de 2002 (Fl. 41 – PDF 04 ANEXOS y fl. 78 – PDF 10 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el aquí demandante señor GONZALO GAITÁN ARDILA en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 2002 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que los asesores de entonces le indicaron que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado y el derecho de retracto.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte rendido por la Representante Legal de PORVENIR S.A., la misma adujo que a parte del formulario de afiliación que suscribiera el demandante, no yace ninguna otra prueba que advierta la presunta información que arguye le fue suministrada.

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

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2002, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

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

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

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

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

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

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

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

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

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

Al unísono se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse. Por tal razón, la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 08 2021 00255 01
Demandante: GILMA BENILDA GAMBA GUATAQUIRA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GILMA BENILDA GAMBA GUATAQUIRA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin que se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó el 1º de diciembre de 1999 del I.S.S. Hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A., por falta al deber de información, que las demandadas realicen las gestiones administrativas del caso para declarar ineficaz el traslado de régimen pensional y se declare que para todos los efectos su única afiliación válida fue la llevada a cabo el 21 de abril de 1987 al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta individual de ahorro, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos. Además, se ordene a COLPENSIONES la reciba sin solución de continuidad y una vez reciba sus aportes proceda a corregir y actualizar su historia laboral. Por último, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *extra y ultra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 29 de marzo de 1968, y se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 21 de abril de 1987 a través del I.S.S. hoy COLPENSIONES, donde alcanzó un total de 567 semanas. Añadió que el 1º de diciembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR S.A.

Adujo, que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad, la cual no fue clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen.

Destacó que desde su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1º de diciembre de 1999 hasta el 31 de mayo de 2021, ha cotizado en ese régimen 924 semanas, por lo que cuenta con un total de 1491 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. De otro lado, agregó que PORVENIR S.A., debió informarle antes del 29 de marzo de 2015, sobre la imposibilidad de trasladarse

cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, situación que no ocurrió en el asunto bajo examen.

Refirió que según información suministrada por PORVENIR S.A., su mesada en el régimen que administra sería inferior a la que obtendría en el régimen de prima media. Por último, señaló que elevó petición a las encartadas el 8 de junio de 2021, solicitando la ineficacia del traslado de régimen. (Fls. 1 a 16 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, arguyendo que el traslado que realizó la actora en diciembre de 1999 a PORVENIR S.A se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en el trámite del traslado alegado, debe probarse en el trámite procesal y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a esa entidad la obligación de recibir y activar la afiliación de la gestora sin solución de continuidad.

Formuló los medios exceptivos de mérito formuló la de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Archivos 05).

La demandada PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones formuladas en el escrito genitor, arguyendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora a través de ese fondo es válido, por cuanto brindó la información pertinente y necesaria, siendo improcedente negar dicha afiliación y declarar la ineficacia del traslado; refiriendo que solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, los fondos adquirieron a su cargo la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general, por lo que el demandante no puede imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a su cargo,

aunado a que éste suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de diciembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora GILMA BENILDA GAMBA GUATAQUIRA, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 11 de octubre de 1999 mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora GILMA BENILDA GAMBA GUATAQUIRA.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora GILMA BENILDA GAMBA GUATAQUIRA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, es decir, con todos los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de un millón de pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados pueden escoger el régimen al cual quieren pertenecer, con la posibilidad de modificar dicha selección en las oportunidades que establece esa norma, en esa medida,

analizaría la procedencia de la ineficacia del traslado de la gestora, memorando que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado.

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición. Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, quien en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información. Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, además condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que el traslado de régimen pensional de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consciente de lo cual da cuenta el formulario de afiliación, enfatizando que para el momento en que se dio el traslado, no estaba a su cargo ir más allá de lo estipulado en la Ley 100 de 1993, sin que fuera obligación el deber de buen consejo o doble asesoría, además en el interrogatorio de parte la actora aceptó que recibió la visita de un asesor comercial quien le ilustró sobre las características del régimen de ahorro individual.

En cuanto a la condena referente a devolver rendimientos financieros, gastos administración y las sumas por seguros previsionales dijo que debe analizarse el tema bajo la teoría de las restituciones mutuas. Por lo que solo debería estar obligada a devolver los rendimientos que hubiese obtenido la gestora en el régimen de prima media, pues obró bajo la absoluta convicción de que se encontraba debidamente vinculada a esa administradora, conforme lo establecido en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, agregando que los gastos de

administración y las sumas por seguros previsionales tienen un propósito específico contenida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y además garantizó una rentabilidad mínima y se amparó la prestación pensional de la demandante ante los riesgos de la invalidez y muerte, sumas con las que ya no cuenta en la actualidad. Sobre la indexación de esos rubros dijo que se desbordan los efectos de la ineficacia, pues los rendimientos financieros le permiten a COLPENSIONES asumir las contingencias pensionales, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

Entre tanto, la demandada COLPENSIONES en su alzada que el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia del artículo 13 de la Ley 100 del 1993, el cual se llevó a cabo conforme a las leyes vigentes para la época, las cuales no exigían documentar el traslado, por lo que el deber de información que existía en aquel momento no es el mismo de la actualidad, pues para la época la asesoría era verbal.

Por lo que pretender que se aporten medios de prueba diferentes al formulario de afiliación, es un imposible, por el contrario, es evidente del interrogatorio de parte, que la inconformidad de la actora surge a razón del valor de la mesada que va a recibir en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual no es causal suficiente para declarar la ineficacia del traslado, por lo que dicho perjuicio debe ser reclamado a PORVENIR S.A. y no imponer tal carga a COLPENSIONES, pues las sumas que se ordenan devolver son insuficientes para reconocer una eventual prestación pensional de vejez a la actora, por lo que solicita se revoque la sentencia objeto de disenso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen*

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al régimen de ahorro

individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 11 de octubre de 1999, vinculación que se hiciera efectiva el 1º de diciembre de 1999 según el reporte SIAFP. (Folios 23 y 69 archivo 07). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la aquí demandante señora GILMA BENILDA GAMBA GUATAQUIRA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que al momento del traslado laboraba para una Agencia de Publicidad por lo que el Departamento de Recursos Humanos, le dijo que recibirían la visita de los asesores de los fondos privados, por lo que pedían que los atendiera, así las cosas, llegó una asesora de PORVENIR S.A. quien le dijo que el ISS se iba a liquidar, y por el contrario, estaban los fondos privados, entre ellos PORVENIR S.A. el cual era sólido económicamente; reiteró que sus aportes estaban en riesgo de perderse, lo que generó temor pues tenía más de once años de cotizaciones, acotado que no le ofreció mayor información y que la asesora fue quien diligenció el formulario de afiliación con los datos que ella le suministró, precisó que la visita no duró más de diez minutos.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales PORVENIR S.A. manifiesta inconformidad, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, *contrario sensu*, a lo sostenido por PORVENIR S.A. en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por las apelantes, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante y no se evidencia desventaja alguna frente al fondo privado.

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

ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que además de los gastos de administración, el fondo privado debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo indexar estos dos conceptos, por ende, se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en lo demás, habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de los gastos de administración, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento del pago, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

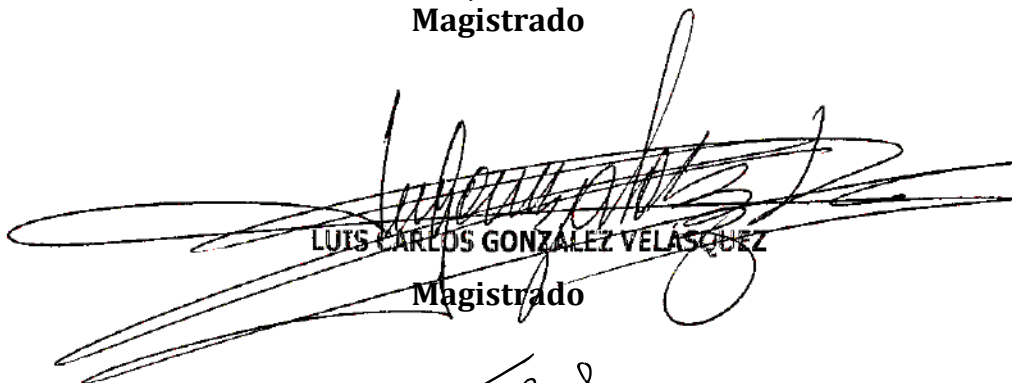
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 09 2021 00340 01
Demandante: LUIS ALFREDO KALIL REY
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 18 de octubre de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALFREDO KALIL REY promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al haberse configurado un error de hecho en los términos de los artículos 1509 a 1511 del Código Civil, a razón de la falta de información veraz y suficiente relacionada con el cambio de régimen pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se ordene el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, ordenándosele a PORVENIR S.A. la devolución de todas las sumas de dinero que se encuentren en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros e intereses, de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el mes de febrero de 1992 por intermedio del extinto ISS.

Que al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no le fue brindada ninguna información sobre las consecuencias de dicho traslado, entendiéndose ello como una información clara y precisa relacionada en lo que atañe a las características del bono pensional, la garantía de pensión mínima, devolución de saldos, renta vitalicia inmediata y diferida, retiro programado, entre otros aspectos, lo que constituye la falta del buen consejo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones en su contra, bajo el entendido que el demandante de manera libre y voluntaria efectuó el traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aunado a que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. por su parte refirió que la afiliación realizada por el demandante fue con ocasión de una asesoría donde se le permitió comprender los efectos del acto jurídico celebrado, adicional a que su traslado fue libre y voluntario como da cuenta el formulario de afiliación.

Asimismo, iteró que se cumplió con el deber de información que le era oponible para la fecha en que se realizó la solicitud de traslado de régimen, por lo que para el momento del traslado el actor recibió la información necesaria al tenor de lo preceptuado en Decreto 663 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Luis Alfredo Kalil Rey, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir, el 30 de abril de 2006.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Luis Alfredo Kalil Rey, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Para arribar a dicha conclusión, la apoderada de instancia indicó que de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP ante la carga probatoria que refuta sobre ellas, dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarreaba el cambio de régimen pensional, ello con un suministro de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, así como las características, condiciones y accesos de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el potencial afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas tanto públicos como privados, incluyéndose las ventajas y desventajas objetivas de cada uno de ellos y las consecuencias jurídicas del traslado.

Que por tal razón, dentro del presente asunto la AFP PORVENIR S.A. no acreditó el suministro de la debida información reglada tanto en los postulados legales como jurisprudenciales, máxime si en el interrogatorio de parte rendido por el demandante no existió confesión alguna sobre una asesoría ajustada a derecho, carga probatoria que le correspondía acreditar a la AFP y, en tal sentido, resulta procedente la declaratoria de ineficacia, sumado que la simple suscripción del formulario de afiliación no supe dicha carga.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción arguyó que no goza de vocación por cuanto el derecho a la seguridad social es de carácter irrenunciable.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que, el demandante no logró demostrar con suficiencia que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad adoleciera de algún tipo de

vicio en el consentimiento, sumado a que teniendo en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional, cuando una persona se traslada de régimen a portas de cumplir los requisitos pensionales, se afectan los principios constitucionales de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Que de la declaración surtida por el demandante en el interrogatorio de parte practicado, nada indagó sobre la información recibida, inclusive tampoco se acercó al extinto ISS con la finalidad de solicitar una comparación de información sobre el estado de su afiliación para así tener conocimiento qué régimen pensional le era más benéfico, de allí que se pueda colegir que el actor no solo adoptó la decisión de traslado de forma libre y voluntaria, sino también de permanecer en el régimen privado hasta la actualidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



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

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

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



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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 30 de abril de 2006 (Fl. 56 – PDF 07 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, el aquí demandante señor LUIS ALFREDO KALIL REY en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 2006 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que los asesores de entonces le indicaron que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado y el derecho de retracto.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte rendido por la Representante Legal de PORVENIR S.A., la misma adujo estar presente para el momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2006, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración que alega PORVENIR S.A. en el recurso de alzada, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera frente a COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado



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

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de adicionarse y modificarse.

Por tal razón, en virtud a que la falladora de instancia en nada refirió sobre la indexación de los conceptos predicados en precedencia, es menester que la Sala adicione y modifique parcialmente la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 18 de octubre de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 **11 2018 00324 01**
Demandante: ADIT ALBERTO NOGUERA LLERENA
Demandados: LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL Y UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ADIT ALBERTO NOGUERA LLERENA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la UGPP, con la finalidad que se declare que sostuvo un contrato de trabajo con la empresa PUERTOS DE COLOMBIA la cual ya se encuentra liquidada, vigente entre el 1º de marzo de 1963 al 21 de mayo de 1980; que laboró por más de quince (15) años para dicho empleador, y cumplió la edad de 55 años el 12 de septiembre de 2002, por lo que tiene derecho a que se le reconozca la pensión proporcional de que trata el parágrafo 1º del artículo 130 de la Convención Colectiva de Trabajo que celebró SINTRATERMAR de Santa Marta, vigente del 1979 a 1980.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL a expedir una certificación laboral

de acuerdo con el contrato de trabajo que existió con la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA – LIQUIDADA del 1º de marzo de 1963 al 21 de mayo de 1980, se condene a la UGPP a reconocer y pagar la pensión proporcional de que trata el parágrafo 1º del artículo 130 de la Convención Colectiva de Trabajo que celebró SINTRATERMAR para el periodo 1979 - 1980, junto con las mesadas adicionales, los reajustes de ley y la indexación de los valores adeudados, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, indicó que se vinculó laboralmente con la empresa PUERTOS DE COLOMBIA en el terminal marítimo de Santa Marta el 1º de marzo de 1963, calenda para la cual aún era menor de edad y se identificaba con la tarjeta de identidad No. 33327, precisando que alcanzó la edad de dieciocho (18) años el 12 de septiembre de 1965, y se le expidió su cédula de ciudadanía el 14 de septiembre de ese mismo año.

Señaló que el cargo que desempeñó desde el 1º de marzo de 1963 al 30 de abril de 1969 fue el de bracero adicional y que la empresa le asignó una ficha con el No. 235, la cual estuvo vigente desde 1964 hasta 1969 y posteriormente le asignó la ficha No. 1436 la que mantuvo vigencia hasta 1979; agregó que en 1964 el empleador le realizó examen médico de admisión y fue censado en 1964, haciendo parte de los beneficios extendidos mediante el Acuerdo suscrito en esa calenda entre la empresa y los Sindicatos de Trabajadores de los Terminales Marítimos de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Buenaventura, Tumaco, Obras de Bocas de Ceniza y Oficinas Principales de Bogotá.

Seguidamente, adujo que estuvo afiliado en vigencia del vínculo laboral al Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo de Santa Marta, relación laboral que finalizó el 21 de mayo de 1980 mediante renuncia que presentara después de llevar más de diecisiete años al servicio de la empresa. Igualmente, destacó que para la fecha de terminación del contrato de trabajo se encontraba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vigente para los años 1979-1980 la Convención Colectiva de Trabajo Celebrada con los Sindicatos de Trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia de la Costa Atlántica, momento para el cual acreditaba diecisiete (17) años de servicios prestados a la empresa PUERTOS DE COLOMBIA en la terminal marítima de Santa Marta.

Añadió que nació el 12 de septiembre de 1947 y cumplió la edad de 55 años el mismo día y mes de 2002, data para la cual acreditaba los requisitos para acceder a la pensión proporcional de que trata el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 130 de la Convención Colectiva de Trabajo que celebró el referido sindicato y que estaba vigente de 1979 a 1980. Relató que desde 1980 ha venido solicitando la corrección y/o validación de su certificación laboral, sin que hasta la fecha haya sido posible acceder a la misma.

De otro lado, refirió que el 15 de febrero de 2012 solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, la cual fue denegada mediante Resoluciones RDP 000444 del 21 de marzo de 2012, ADP 001607 del 8 de agosto de 2012, ADP 004842 del 6 de diciembre de 2012, RDP 033999 del 26 de julio de 2013, RDP 039336 del 27 de agosto de 2013, RDP 042099 del 11 de septiembre de 2013, RDP 039166 del 29 de diciembre de 2014 y RDP 006282 del 16 de febrero de 2015.

(Fls. 4 a 16 archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP, contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que no es posible declarar la existencia de la relación laboral en las condiciones en las que se plantea, hasta tanto, ello no se demuestre en debida forma en el proceso; igualmente, dijo oponerse a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión convencional ya que el gestor no cumple con los requisitos de ley.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y prescripción. (Fls. 197 a 202 archivo 001).

Por su parte, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

constan la mayoría de los hechos de la demanda, sin embargo, en lo que respecta al vínculo laboral que reclama el gestor señaló que según documento emitido por el Coordinador del Grupo de Entidades Liquidadas, expedido el 30 de enero de 2018, certifica que el actor fue funcionario de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA LIQUIDADA, con fecha de ingreso el 1º de mayo de 1965 y retiro el 21 de mayo de 1980.

Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada. (Fls. 208 a 216 archivo 001).

Por auto de 24 de enero de 2020 el Juzgado de origen tuvo por contestada la demanda a las encartadas y citó a audiencia. (Fl. 248 a 249 archivo 001).

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante proveído de 15 de junio de 2021, avocó conocimiento del presente asunto en cumplimiento a los dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre 2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020 y citó a audiencia. (Archivo 005).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de septiembre de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por las demandadas y en consecuencia las absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra por el actor.

Para arribar a esa conclusión, el *a-quo* hizo mención a los términos en los que fue fijado el litigio, señalando en síntesis que versaba en determinar si el actor tenía derecho a la pensión convencional que reclama en el *petitum*. Igualmente, expuso que se acreditó en el plenario que el actor nació el 12 de septiembre de 1947, que trabajó para PUERTOS DE COLOMBIA, relación laboral que finalizó el 21 de mayo de 1980 por decisión unilateral del actor.

A continuación, señaló que era necesario verificar el extremo inicial de la relación laboral, ya que el demandante sostiene que ingresó a prestar sus servicios a la empresa PUERTOS DE COLOMBIA el 1º de marzo de 1963 siendo menor de edad y por ende, cumple con los requisitos que exige del artículo 130



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Convención Colectiva de trabajo; empero, en la contestación de la demanda se indica que la vinculación del actor fue posterior a dicha calenda.

Señaló que si bien en el hecho cuarto de la demanda se indicó que el actor desempeñó el cargo de bracero adicional desde el 1º de marzo de 1963 al 30 de abril 1969, el cual fue aceptado en la contestación de la demanda por la UGPP, no puede obviarse el hecho que el inciso 1º del artículo 195 del CGP, es clara en señalar que no vale la confesión de los representantes legales de las entidades públicas, por lo que no es posible dar validez a tal aceptación.

De esa forma, indicó que ninguno de los documentos aportados al plenario permite dilucidar o dar claridad con total certeza que el actor tuviese una vinculación en fecha anterior al 1º de mayo de 1965, pues ello se desprende de la liquidación de acreencias laborales, censo de empleados No. 235 en el que se resalta que antes de esa calenda no se reportan movimientos por parte del demandante, Resolución 0012 de 1980 por el cual se reconoce el pago de acreencias laborales, en la que se indica que el ingreso fue el 1º de mayo de 1965 al 21 de mayo de 1980, Resoluciones 0196 de 1997 y 0515 de 1997 por medio de las cuales se niega la pensión convencional, en la que se precisan los citados extremos, con un total de 2 meses y 14 días de interrupción, certificación laboral expedido el 30 de enero de 2018 en el que se coligen tales extremos (Fl. 39, 40, 47 a 52, 111 a 117 archivo 01), precisando el Juez de instancia que de tales documentales no se puede inferir que la vinculación haya surgido con anterioridad al 1º de mayo de 1965.

En cuanto al testimonio de ANDRÉS PÉREZ GÓMEZ, estimó que fue confuso, por lo que no logro formar su convencimiento; así la fecha que tuvo en cuenta como inicio de la relación laboral fue el 1º de mayo de 1965 y el fin de la misma el 21 de mayo de 1980; además señaló que estaba acreditado que el actor estuvo afiliado al Sindicato SINTRADEMAR. De otra parte, trajo a colación el artículo 130 de la Convención Colectiva 1979 a 1980, vigente a la terminación del vínculo contractual, la cual señala que en los casos de retiro voluntario la prestación de servicios debe darse por un lapso de 15 años y llegar a la edad de 55 años; destacando que el actor no acreditó el tiempo de servicios exigido, en tanto, al haber laborado del 1º de mayo de 1965 y el 21 de mayo de 1980, y tenía 73 días de interrupción, según el certificado de información laboral que



obra en el expediente a folio 111 del expediente físico (Fl. 128 archivo 001), por lo que al efectuar las operaciones del caso, y excluir del conteo los días de interrupción, ello arroja que el demandante acreditó 14 años, 10 meses y 1 día de servicios, en consecuencia, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y se abstuvo de imponer costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante la apeló. Al respecto, adujo que no existe razón para no concluir que el actor ingresó a trabajar en la EMPRESA DE PUERTOS DE COLOMBIA el 1º de marzo de 1963, contrario a lo establecido por el *a-quo*.

Lo anterior, en tanto, se advierte que el demandante se vinculó con dicha empresa en el terminal marítimo de Santa Marta el 1º de marzo de 1963, siendo menor de edad e identificándose con la tarjeta de identidad No. 33327, acotando que cumplió 18 años el 12 de septiembre de 1965, por lo que le fue expedida la cédula de ciudadanía el 14 de septiembre de 1965; que el cargo que desempeñó entre el 1º de marzo de 1963 y el 30 de abril de 1969, fue el bracero adicional y que los beneficios de la empresa a sus trabajadores se le hicieron extensivos a través de los diferentes censos que se realizaron a los trabajadores, es decir, a los braceros adicionales que trabajaban en dicha época, además, se le realizó un examen médico de ingreso en 1964 y que desde el momento en que se efectuó el censo, fue incorporado de manera fija en su cargo en la empresa.

Enfatizó que tales supuestos fácticos sirven para establecer lo que aquí se pretende, además que de las diferentes respuestas a los derechos de petición que elevó ante la empresa y el Ministerio demandado se puede colegir que su hoja de vida se encuentre incompleta, pese a que pudo recopilar algunos documentos a través de derechos de petición y acciones de tutela, de los que se puede evidenciar del folio 45 de la carpeta 001 del expediente digital y del folio 134, que el gestor si trabajó con la empresa de 1963 a 1969 en el cargo de bracero adicional, según la hoja de vida, la cual está incompleta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Reiteró que del Acuerdo suscrito en 1964 entre la empresa y el Sindicato se advierte que los beneficios de los trabajadores fijos se extendieron a los braceros, producto del censo que se llevó a cabo en ese año, y de la práctica de los exámenes de ingreso, por lo que las certificaciones expedidas por el Ministerio demandado y las demás entidades que se hicieron cargo de la liquidación de la empresa no dan cuenta de ello, pero se debe partir de la presunción que establece el artículo 24 del C.S.T.

Refirió que se debe dar total veracidad y certeza a la declaración vertida por el testigo ANDRÉS PÉREZ GÓMEZ, quien fue compañero del actor en la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA y con la cual se puede establecer la existencia del vínculo laboral del 1º de marzo de 1963 al 21 de mayo de 1980. Por último, añadió que la norma que se debe aplicar en el caso de la pensión que se reclama es el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 130 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente de 1979 a 1980, la cual estaba vigente al retiro voluntario del actor, ya que es palmario que cumple con el requisito de edad, que alude a 55 años y los 15 años de servicios, por lo que solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado y se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si la relación laboral que existió entre el demandante y la EMPRESA DE PUERTOS DE COLOMBIA inició el 1º de marzo de 1963; en caso afirmativo, se analizará si el demandante es beneficiario de la pensión convencional que reclama.

c. De la Relación Laboral:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A efectos de dar solución al problema jurídico planteado, resulta menester precisar que al pretender el actor la declaratoria de un contrato de trabajo con la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA LIQUIDADA desde el 1º de marzo de 1963 y al haber ostentado la calidad de trabajador oficial, conforme se indica en la certificación que yace en el plenario (Fl. 129 archivo 001), le sería aplicable el régimen legal de los trabajadores oficiales. Así las cosas, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, consagra que *“para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y c) El salario como retribución del servicio”*.

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

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

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

“Sin embargo, en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los trabajadores particulares, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los trabajadores oficiales, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los empleados públicos, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.

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

Acorde con lo expuesto, y al descender al *sub-examine* procede esta Colegiatura a verificar si el fallador de instancia erró al determinar que la relación laboral que unió al actor con la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA LIQUIDADA estuvo vigente del 1º de mayo de 1965 al 21 de mayo de 1980, dado que no halló elementos de juicio suficientes que permitieran concluir que la relación contractual había iniciado desde el 1º de marzo de 1963.

Dicho lo anterior, se advierte que no es objeto de controversia en esta instancia que el actor estuvo vinculado con la referida empresa entre el 1º de mayo del 1965 y el 21 de mayo de 1980 como trabajador oficial, siendo su último cargo el de auxiliar de servicios varios y que reporta 73 días de interrupciones laborales no remuneradas, los cuales no se tiene en cuenta para el conteo de tiempo de servicios, lo que arroja un tiempo total de servicios de 14 años, 10 meses y 1 día, y además que el vínculo laboral finalizó de manera voluntaria por parte del actor.

Aspectos establecidos por el Juez de instancia y que además se corroboran con las documentales que reposan en el plenario, tales como planillas, liquidación de vacaciones y del contrato de trabajo, censo de empleados, Resolución No. 000129407 de 1980, Resolución 0196 de 21 de febrero de 1997 y la Resolución 0515 de 23 de abril de 1997, en las que se reconocen cesantías y se



niegan pensión de jubilación al actor, certificación de 14 de octubre de 2014 y Resoluciones expedidas por la UGPP denegando el reconocimiento pensional desde 2012 hasta 2015, Formatos No. 1, 2 y 3 alusivos a certificados de información laboral y salarios mes a mes y certificación de 30 de enero de 2018. (Fls. 27 a 28, 31 a 42, 46, 49 a 54, 79, 85 a 119, 128, 129 a 137, 228 a 237 – archivo 001).

De la misma forma, se recepcionó el testimonio de ANDRÉS PÉREZ GÓMEZ quien dijo que laboro en PUERTOS DE COLOMBIA por espacio de 26 años, y que en la actualidad se encuentra pensionado por parte de esa empresa; que prestó el servicio desde 1963 como estibador y conoce al demandante hace más de 60 años, toda vez que trabajaron juntos como adicionales, es decir, que reemplazaban al personal que faltaba, agregando que no siempre estaban en la empresa.

Narró que el demandante estuvo como adicional entre cinco o seis años, y posteriormente les dieron los cuatro números de la ficha fija y fueron vinculados de tiempo completo en la empresa; que ellos entraron a trabajar desde 1963 y que el demandante se retiró de la empresa en 1980. Precisando que el jefe inmediato era el señor ALFONSO LINEROS, y que laboraban a destajo en turnos de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. cuando los llamaban a trabajar como adicionales.

Finalmente relató que el ingreso lo controlaban por medio de fichas, y después de cuatro años de labores como adicionales les otorgaron fichas de trabajadores fijos, realizándole al actor un examen de ingreso en el año 1964.

Del examen de los referidos medios de convicción, advierte la Sala sin asomo a equívoco de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que el promotor de la litis estuvo vinculado con la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA -LIQUIDADA, como trabajador oficial del 1º de mayo de 1965 al 21 de mayo de 1980, tal como se colige del acervo probatorio antes referido, sin que al examinar los documentos que fueron aportados por las partes con la demanda, las contestaciones y el expediente administrativo que se allegó, se pueda vislumbrar que antes del 1º de mayo de 1965 el gestor hubiese prestado sus servicios a la citada sociedad.



Es de mencionar que si bien para acreditar un vínculo laboral y sus extremos, no existe tarifa legal alguna, por lo que las partes pueden servirse de cualquier medio probatorio a su alcance, lo cierto es que, conforme las reglas de la sana crítica y la experiencia el testimonio que rindió el señor ANDRÉS PÉREZ GÓMEZ, contrario a lo aducido por la parte actora en su apelación, para este Juez Colegiado resulta insuficiente para dar por sentado que el vínculo laboral que mantuvo el gestor con el pluricitado empleador, pues nótese que el testigo fue conteste en señalar que laboraban a destajo en turnos de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. cuando los llamaban a trabajar como adicionales, esto es, cuando algún trabajador no se presentaba, de ahí, que no se pueda establecer la frecuencia de tales servicios, si recibían órdenes de la empresa o quien pagaba la remuneración del servicio.

Adicionalmente, el hecho que obren anotaciones en el formato de hoja de vida que reposa a folio 45 del archivo 0001, sobre la experiencia laboral en la EMPRESA DE PUERTOS DE COLOMBIA en la que fue contratado posteriormente, no permite por sí sola determinar que en efecto se trató de una verdadera relación laboral, pues además allí lo que se indica es que estuvo en la terminal marítima, pero no se precisa si se trata de la misma empresa y tampoco existe alguna certificación que soporte tal evento, lo cual tampoco se puede colegir del censo al que hace alusión la activa en su alzada, o examen médico que dice el actor le fue practicado en 1964 del cual no obra prueba en el paginario, menos aún, de los Acuerdos que hayan suscrito en ese mismo año la empresa y el Sindicato, pues de ellos tampoco se desprende que el gestor haya hecho parte de algún acuerdo de formalización laboral, a lo que se suma que las demás pruebas que reposan en el expediente, como ya se dijo, tampoco permiten corroborar con total certeza la prestación del servicio por parte del actor antes del 1º de mayo de 1965.

Siendo ello así, huelga recordar que lo que da lugar a la existencia del contrato de trabajo es la prestación personal y subordinada del servicio, como lo ha expuesto la amplia jurisprudencia, aunado a que la presunción legal se desprende de acreditar la efectiva prestación del servicio, lo que aquí no se pudo corroborar en el lapso que reclama el promotor con los medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos el testimonio del aludido testigo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de ahí que se encuentre acertada la decisión del *a-quo*, la cual estuvo debidamente soportada en las pruebas que allegaron al proceso; las que en efecto dan cuenta que el extremo inicial de la relación laboral que unió al actor con la EMPRESA DE PUERTOS DE COLOMBIA, inició el 1º de mayo de 1965 y finalizó el 21 de mayo de 1980; con las interrupciones ya anotadas, lo que arrojó un total de servicios de 14 años, 10 meses y un día; lo que impone la confirmación de la decisión de primer grado en tal sentido.

Ahora bien, acorde con lo anterior y que el impugnante pretende la aplicación de la Convención Colectiva 1979-1980 suscrita entre la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA y SINTRATERMAR de Santa Marta, la cual refriere en el parágrafo 1º del artículo 130, lo siguiente:

*“**PARAGRAFO 1º.** Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de servicios prestados en la misma forma que para el caso anterior, la pensión principiará a pagarse desde la fecha del despido si para entonces el trabajador cumplidos los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha que cumpla tal edad.*

Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a pensión pero solo cuando cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad.”

Bajo ese escenario, se encuentra que el gestor alcanzó la edad de 55 años el 12 de septiembre de 1947, el 12 de septiembre de 2002, no obstante, como ya se expuso no alcanzó los 15 años de servicios que exige el acuerdo convencional en el caso de retiro voluntario, por lo que no es beneficiario de dicha prestación convencional, lo que deviene en la confirmación de la decisión de primer grado respecto a la absolución sobre tal pedimento.

Acorde con lo anterior, son los presupuestos de orden fáctico y jurídico antes referidos los que permiten a este Colegiatura sin más miramientos colegir que las pretensiones del demandante no tienen viso de prosperidad, en consecuencia, resulta lógico confirmar la decisión objeto de censura en su integridad por las razones aquí expuestas. **COSTAS** en esta instancia correrán a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

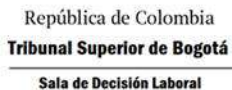
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



Ordinario Laboral	1100131050 11 2019 00676 01
Demandante:	HECTOR JAIME RIOS GIRALDO
Demandado:	FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA
Magistrado Ponente:	DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HÉCTOR JAIME RIOS GIRALDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, a fin de declararse que se encuentra en la obligación de reconocer las primas semestrales y primas de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vacaciones convencionales, causadas y exigibles desde la vinculación, debidamente indexadas; de igual manera, que tales primas son de naturaleza salarial, por lo cual se deben reajustar las cesantías durante todo el tiempo servido.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se vinculó mediante contrato de trabajo a plazo fijo desde el 1º de marzo de 1994, y posteriormente se modificó la duración a término indefinido, desde el 23 de enero de 1995; que se desempeña como extensionista en Pereira (R), con una remuneración en el año 2016 de \$3.259.254, 2017 de \$3.487.402, 2018 de \$3.696.646 y 2019 de \$3.918.445.

Que entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE AL FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS - SINTRAFEC-, se han suscrito varias Convenciones Colectivas de Trabajo; así en la suscrita en 1974, se consagró en el artículo 29 la prima semestral, atinente a dos meses de salario en junio y diciembre; a su vez en el artículo 10º de la Convención Colectiva de Trabajo de 1984, se pactó la prima de vacaciones; no obstante la empleadora se ha negado a su reconocimiento y pago, así como a su incidencia en el cálculo del auxilio de cesantías, aduciendo que el actor no es beneficiario de la normativa extralegal, ello al no estar afiliado a la organización sindical.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra. Para tal efecto señaló que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleadora y el Sindicato SINTRAFEC, despejaron cualquier duda sobre la vigencia de las Convenciones Colectivas de Trabajo aducidas por el demandante, ello por cuanto al suscribir la Convención Colectiva de Trabajo del año 2021, en su artículo 43 estipularon que en ningún evento la misma tendría efectos retroactivos a trabajadores que no estuvieran afiliados al Sindicato.

Así las cosas, el accionante solo se afilió al Sindicato en el año 2019, por ello no es dable que se beneficie de normativas extralegales anteriores.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, pago y compensación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de junio de 2022 declaró que entre las partes existe un único contrato de trabajo vigente entre el 1º de marzo de 1994 y se mantiene vigente hasta la fecha de presentación de la demanda; declaró que el demandante es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Federación Nacional de Cafeteros y SINTRAFEC, por lo que condenó a la demandada al pago de la prima extralegal de servicios por \$10.772.897, prima de vacaciones por \$12.785.850, diferencia de cesantías en \$12.785.856, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* indicó en primer lugar que el artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo del 19 de septiembre de 1974, consagra que la misma será aplicable a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de ALMACAFE S.A., normativa que se reiteró en la cláusula 31 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 23 de agosto 1976 y en el artículo 16 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1984.

Señaló que además en la Convención colectiva de Trabajo de 1988, mantuvo la vigencia de las normativas anteriores que no fueran expresamente derogadas. Por ello, no resultan de recibo los argumentos de la pasiva para desconocer los alcances de lo pactado, más aún cuando no se acreditó que existiera una excusación expresamente pactada. Cito además la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con Radicación No. 35134 de julio de 2009.

Argumentó además que el actor es beneficiario de las Convenciones colectivas de Trabajo, indistintamente de su afiliación al Sindicato, de conformidad con lo pactado. Así las cosas, accedió a las primas extralegales, señalando que se encontraban prescritas las causadas con anterioridad al 9 de octubre de 2016, ello en tanto la demanda fue interpuesta el 9 de octubre de 2019, sin que haya existido reclamación previa.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA la apeló. Argumentó su alzada en lo atinente a la prescripción, ello en tanto la notificación al accionado operó después de haber de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

transcurrido un año desde la presentación de la demanda, por ende, la prescripción no se interrumpió sino hasta la fecha de la referida notificación.

De otra parte, que no existe precedente jurisprudencial sobre el asunto objeto de litigio, y, por el contrario, para superar cualquier duda en el artículo 43 de la Convención Colectiva de Trabajo de 2021, de manera expresa las partes acordaron que las convenciones no tendrían efectos retroactivos a quienes no se encontraran afiliados al Sindicato. Ello en tanto, en la Convención Colectivas de Trabajo de 1988, se había pactado la extinción de las normativas anteriores y además para ser beneficiario de las mismas, era requisito *sine qua non* el estar afiliado y solucionar las cuotas sindicales, omisión no imputable a la empleadora, quien solo tiene a su alcance el realizar los descuentos a los afiliados que así lo autoricen. Lo anterior, en tanto el Sindicato era minoritario.

De otra parte, frente a la prima extralegal semestral señaló que no era cierto que se traten de dos salarios, sino de 1.5 salarios en junio y diciembre, por lo cual disiente de la liquidación, más aún cuando incluyó en la liquidación el segundo semestre completo del año 2016, pese a que se declaró prescripción desde octubre de 2016.

Así mismo, se condenó al pago del segundo semestre del año 2019, fecha para la cual ya se le reconocieron las primas al haberse afiliado al Sindicato, para lo cual se debe analizar la nómina del mes de diciembre de dicha anualidad.

En lo atinente a la prima de vacaciones se causa por periodos de vacaciones disfrutados o compensados; así como se afilió en octubre de 2019, con posterioridad a dicha fecha se le reconocieron la totalidad de las prestaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

extralegales. Así en noviembre de 2019 se pagó un avance prima de vacaciones, lo cual también operó en diciembre de 2019.

Finalmente, que la cláusula 9ª de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996 señala que la prima de vacaciones es factor salarial, no obstante, en el contrato de trabajo se pactó la exclusión salarial de dicha prima, específicamente en la cláusula octava, y en todo caso, de estimarse un conflicto normativo, se debe dar aplicación a la normativa posterior, que consiste en el otrosí del 23 de junio de 1997, en la cual se incluye una cláusula de exclusión salarial. De igual manera, que disiente de la manera en que se liquidaron las cesantías, en tanto se debía tomar una doceava parte, y no la totalidad de la prima extralegal de vacaciones.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del presente asunto y atendiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos: (i) Auscultar si el demandante es beneficiario de las prerrogativas convencionales que se suscribieran entre la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – SINTRAFEC; (ii) establecer si se debe modificar la decisión, en lo atinente a la excepción de prescripción; y (iii) analizar de manera concatenada lo que gravita en torno a las primas semestrales y de vacaciones extralegales, su liquidación y si la segunda de las mencionadas es constitutiva de salario, y su incidencia en el auxilio de cesantías.

4.3 Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos que preceden, es menester que la Sala precise en primera medida que no fue objeto de reproche que entre el demandante y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS existió un contrato de trabajo actualmente vigente, el cual se suscribió el 1º de marzo de 1994, ello en tanto así fue decidido en primera instancia, sin que se haya manifestado reparo alguno.

a) Del beneficio de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS – SINTRAFEC:

En dirección a determinar si el demandante ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas entre su empleador y la asociación sindical SINTRAFEC, importante es precisar, que no milita prueba dentro del expediente que dé cuenta que el actor estuvo afiliado a dicha organización sindical con anterioridad al 29 de julio de 2019, fecha en que le fue comunicada al empleador la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

determinación del trabajador de hacer parte de la organización sindical, verificándose los respectivos descuentos de cuotas sindicales desde el mes de agosto de dicha anualidad. Pese a ello, atendiendo el contenido de las Convenciones Colectivas suscritas por su empleador y el mentado sindicato, considera el actor ser beneficiario de tales instrumentos por haberse pactado su aplicación a todos los trabajadores de la Federación, específicamente de las Convenciones Colectivas de Trabajo de los años 1974 y 1984, las cuales regulan las primas extralegales semestrales y de navidad.

Para lo pertinente, es pertinente destacar que el artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1974 (Fl. 59 – PDF 001 SCANNER PROCESO FÍSICO), consagró:

*“La presente Convención Colectiva de Trabajo **será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia** y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A. “ALMACAFE”, en las condiciones y términos aquí indicados.*

“A los trabajadores no sindicalizados que se benefician total parcialmente con la contratación colectiva se les harán, con destino al Sindicato, las retenciones que autoriza la Ley.” (Negrillas y subrayas de la Sala).

A su vez, el artículo 16 de la Convención colectiva de Trabajo con vigencia entre 1984 y 1986, consagra en su artículo 16 (Fl. 74 – PDF 001 SCANNER PROCESO FÍSICO):

“ARTÍCULO 16. APLICACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*“La presente Convención Colectiva de Trabajo **será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia** y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A., en las condiciones y términos aquí indicados.*

“A los trabajadores no sindicalizados que se benefician total parcialmente con la Contratación Colectiva (Convenciones Colectivas y Laudos Arbitrales), se les harán, con destino al Sintrafec, las retenciones que autorice la Ley y esta convención.” (Negrillas y subrayas de la Sala).

Bajo tales premisas, resulta evidente que las Convenciones Colectivas de Trabajo de los años 1974 y 1986, estipularon de manera expresa que su ámbito de aplicación cobijaría a los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, sin que se haya pactado condicionamiento alguno de la aplicabilidad frente al pago o no de las cuotas sindicales para con sus trabajadores; circunstancia por la cual, para efectos legales en el tiempo las convenciones continuaron vigentes para todos los trabajadores al servicio de la empleadora.

En este punto, vale la pena precisar lo adocetrinado por la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL4613-2019, Radicación No. 53842 del 29 de octubre de 2019, que a su vez refirió posturas de antaño como lo son las de radicación No. 37478 del 7 de julio de 2010 y No. 38463 del 25 de septiembre de 2012 donde se explicó:

“Precisado lo anterior, la Sala empieza por transcribir la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990, que se repite en las disposiciones 16, 7, 8, 11 y 9 de las convenciones colectivas de trabajo vigentes entre el 1 de abril de 1990 al 31 de marzo de 1992, 1 de abril de 1992 al 31 de marzo de 1994, 1 de abril de 1994 al 31 de marzo de 1996, 1 de abril de 1996 al 31 de diciembre de 1997 y 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, respectivamente, que al efecto dice:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

[...]

“Retención para Sintrafec.

“Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo a la Ley.

“Las dudas, vacíos o conflictos de normas en desarrollo y ejecución de la presente convención colectiva de trabajo se resolverán de acuerdo a la Ley. (se subraya. f.º 236).

“De la disposición extralegal que se acaba de transcribir, no puede inferirse que se derogó «tácitamente» el contenido de la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo 1976, como lo pregonaba la censura, porque allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales. Simplemente se refiere a que «Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo a la Ley».

“De manera que, en realidad, tal estipulación, antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a «todos los trabajadores», como se dispuso en la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (f.º 138), disposición esta que, como acertadamente lo consideró el Tribunal, continuó surtiendo plenos efectos con posterioridad al año 1988, lo cual se logra por disposición expresa de las partes sumergidas en cada uno de los conflictos colectivos suscritos en adelante.

“Al efecto, basta transcribir la cláusula 13 del acuerdo convencional vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 (f.º 236), que se repite en las convenciones suscritas con posterioridad:

[...]

“Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas o sustituidas por la presente Convención Colectiva de Trabajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Refuerza lo anterior, no solo lo dicho por la Sala de Casación Laboral en las decisiones que en su apoyo cita el Tribunal, especialmente, la sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, sino también en lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 25 sep. 2012. rad. 38463, cuando al decidir un asunto de contornos similares al presente, por demás seguido contra la misma demandada, consideró:

“[...]

“Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado. (Subraya la Sala).

“De otra parte, el hecho de que al actor no se le hubieran realizado los descuentos con destino a Sintrafec, tal como se evidencia en los desprendibles de pago visibles a folios 417 a 453, tal omisión, en modo alguno, acarrea la pérdida de los beneficios convencionales, como también se reiteró en la sentencia que se acaba de transcribir, a los cuales se obligó la demandada desde la negociación acaecida en 1976, máxime que, por disposición de la ley, es ella como empleadora, no el trabajador, quien debe efectuar los descuentos respectivos y trasladarlos luego a la organización sindical.

“Por demás, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario a partir de 1988,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no disuelve los convenios establecidos, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores de la empresa, existe el deber jurídico de respetar esos compromisos, pues en este caso, se reitera, la extensión no se da por ministerio de la ley sino por decisión de las partes contratantes.

“Finalmente, cabe precisar que si la intención de los intervinientes era limitar tal cobertura, así lo tenían que haber dispuesto de manera expresa y clara en las convenciones que celebraron con posterioridad o, por lo menos, lo habrían dejado plasmado con unos enunciados contundentes de los que se pudiera inferir, sin lugar a equívocos, tal alcance que, desde luego, para la Sala, no lo contiene la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 anteriormente citada.” (Negrillas y subrayas de la Sala).

Reitera la Sala en este punto que lo adoctrinado para la aplicación de las Convenciones a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS también ha venido siendo analizada recientemente, como por ejemplo en las decisiones SL444-2022, Radicación No. 87639 del 23 de febrero de 2022, SL1428-2021, Radicación No. 84530 del 19 de abril de 2021, SL3573-2020, Radicación No. 72022 del 22 de septiembre de 2020, entre otras.

De otra parte, al ser calara la intención de las partes al extender los beneficios convencionales a todos los trabajadores, el no haber condicionado tal situación al pago de cuotas sindicales, no resulta de recibo estimar que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 2021 se haya expedido con el fin de suplir algún vacío. Por lo anterior, la decisión será confirmada en dicho aspecto.

b) De la excepción de prescripción:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Previamente al estudio de las prestaciones extralegales reclamadas y su liquidación, se tiene que por pasiva se formuló la excepción de prescripción. Misma que se declaró parcialmente probada respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 9 de octubre de 2016, ello al considerar que la demanda se interpuso el 9 de octubre de 2019, y no militan reclamaciones previas. Ahora bien, el accionado sustentó la apelación en que transcurrió más de un año hasta que se notificó al demandado.

Así las cosas, debe señalarse que el artículo 94 del C.G.P. estipula:

“ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad **siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado**”.

En el *sub-examine* la demanda se admitió mediante auto del 18 de febrero de 2021 (Fl. 216), notificada por anotación en estados del 19 de febrero de la misma anualidad, la cual fue notificada el 16 de julio de 2021 (Fl. 218), esto es, antes que transcurriera un año, motivo por el cual no le asiste razón al recurrente, debiéndose confirmar la sentencia en este aspecto.

c) Primas Semestrales:

Aduce el recurrente que la prima semestral no consiste en dos salarios semestrales, sino en 1.5 salarios en junio y diciembre, por lo cual disiente de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

liquidación, más aún cuando incluyó en la liquidación el segundo semestre completo del año 2016, pese a que se declaró prescripción desde octubre de 2016. Así mismo, por cuanto se condenó al pago del segundo semestre del año 2019, fecha para la cual ya se le reconocieron las primas al haberse afiliado al Sindicato.

Sobre el particular se tiene que el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1974, consagra:

“Artículo 29: PRIMAS SEMESTRALES:

***"Adicionalmente a lo existente,** las Empresas pagarán a todos los trabajadores, por concepto de prima de servicios, veinte (20) días más del salario en la prima semestral de junio, quedando en consecuencia así: Dos (2) meses de salario (básico, prima de carestía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturnos) en junio, y dos (2) meses de salario en diciembre.*

“Dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las Empresas para esta prestación social. Este punto tendrá vigencia a partir del 1º de septiembre de 1974”.

Así las cosas, se tiene que los trabajadores de la empresa demandada tienen derecho a unas primas semestrales extralegales equivalentes un mes y medio de salario, como quiera que el valor total a cancelar por la prima de servicios existente y de carácter legal y la extralegal, corresponde a 2 meses cada semestre, suma en la que, se reitera, se entiende incluida la prima legal de servicios equivalente a 15 días de que trata el artículo 306 del C.S.T.

Así, a más preceptuarse 20 días de salario, se aclaró que el total a pagar sería de 2 meses cada semestre, que a su vez trae incluida la prima legal de servicios de que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trata el artículo 306 del C.S.T. Tal interpretación se dedujo atendiendo a que este Tribunal en sentencia proferida el 23 de mayo de 2018 dentro del proceso 1100131050 25 2016 00527 01 efectuó un análisis luego de extraer de manera conjunta sobre esta prerrogativa extralegal la Convención de 1965, última que no obra dentro del plenario pero que concatena la vigencia de esta prerrogativa y que se hace necesaria para su interpretación literal:

“Ahora en cuanto a la liquidación de la prima extralegal de servicios de los años 2014 y 2015 recurrida por el apoderado de la demandada, respecto de las cuales el Juez a quo consideró correspondían a \$5.377.168 y \$5.497.838 (Cd. fl. 740 Record 23:36), procede la Sala a verificar los cálculos aritméticos de estas condenas, precisando el artículo 29 de la Convención Colectiva de 1965 (fl. 69) estableció:

“El patrono pagará por concepto de prima de servicios, que incluye la legal y la extralegal, un sueldo en los 15 primeros días de junio y 2 sueldos antes del 15 de diciembre, a todos los trabajadores que hubieren laborado todo el semestre anterior y proporcionalmente al tiempo servido. El salario base para liquidar en forma global esta prestación es la asignación mensual del trabajador en el mes de mayo o en el mes de noviembre de cada año”.

Sobre esta prestación, en la convención firmada en 1974 artículo 29 (fls. 161 y 162), se acordó:

“PRIMAS SEMESTRALES:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*“Así las cosas, se tiene que los trabajadores de empresa demandada, tienen derecho a unas primas semestrales extralegales **equivalentes un mes y medio de salario**, en tanto el valor a pagar corresponde a 2 meses cada semestre, los cuales incluyen la prima legal de servicios, que equivale a 15 días conforme al artículo 306 del CST.*

“Nótese bien, que en la primera norma citada se pactó expresamente que la prima de servicios incluye la legal y la extralegal, lo cual se ve reafirmado en la segunda, en la cual, a más de agregar 20 días de salario, se aclaró que el total a pagar sería de 2 meses cada semestre.”

De otra parte, se tiene que, al haber prosperado la prescripción desde el 19 de octubre de 2016, el demandante si tiene derecho al pago de la prima del segundo semestre del año 2016, en tanto la misma solo se hizo exigible hasta el mes de diciembre de 2016. De igual manera, frente al año 2019 se acreditó el pago de la prima durante el segundo semestre por valor de \$5.887.668, por lo cual se liquida tal prestación de la siguiente manera:

AÑO	SALARIO	PRIMA SEMESTRAL JUNIO	PRIMA SEMESTRAL DICIEMBRE
2016	\$3.259.254	Prescrito	\$4.888.881
2017	\$3.487.402	\$5.231.103	\$5.231.103
2018	\$3.696.646	\$5.544.969	\$5.544.969
2019	\$3.918.445	\$5.877.667,5	Solucionada
SUB TOTAL		\$16.653.739,5	\$15.664.953
TOTAL			\$32.318.692,5

Ahora bien, dicha suma resulta ser superior a la condena de primera instancia, la cual ascendió a un total de \$10.772.897, por lo cual no se modificará la decisión en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

d) Prima extralegal de vacaciones:

Respecto a esta pretensión, el recurrente aduce que la prima de vacaciones se causa por periodos de vacaciones disfrutados o compensados; así como se afilió en octubre de 2019, con posterioridad a dicha fecha se le reconocieron la totalidad de las prestaciones extralegales. Así en noviembre de 2019 se pagó un avance prima de vacaciones, lo cual también operó en diciembre de 2019.

Ahora bien, en lo que respecta a la prima extralegal de vacaciones, el artículo 10 de la Convención de 1984 reguló:

“PRIMA DE VACACIONES:

“A partir de la firma de la presente Convención, la Prima de Vacaciones tendrá las siguientes Escalas:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentido, al ser beneficiario el demandante de este emolumento como lo ha venido sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en atención a lo preceptuado en el artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1984, y como quiera que la relación laboral del aquí demandante abarcó el periodo comprendido desde el 1º de marzo de 1994, le es aplicable lo referente a ***“Del decimosexto en adelante el 140% de la remuneración integral mensual”***.

Ahora bien, el *a-quo* emitió condena refiriendo por los períodos comprendidos entre los años 2017 a 2018, por valor de \$6.176.315, y 2018 a 2019 por valor de \$6.609.041, aduciendo el recurrente que, en el año 2019, en los meses de octubre y noviembre, se verificó el pago.

Así la cosas, la liquidación de esta prestación extralegal, y teniendo en cuenta los períodos de los años establecidos por el *a-quo* entre el 2017 y el 2019, se liquida de la siguiente manera (atendiendo además que no es factible liquidar el año 2016 por el principio de la *no reformatio in pejus*):

PERIODO	SALARIO	PRIMAS DE VACACIONES
2017	\$3.487.402	\$4.882.362,8
2018	\$3.696.646	\$5.175.304,4
2019	\$3.918.445	\$5.485.823
TOTAL		\$15.543.490,2

Ahora bien, el apelante aduce haber solucionado la prima de vacaciones del año 2019, situación que en efecto se corrobora con el desprendible de nómina del mes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de diciembre de 2019 (Fl. 63 PDF Copias desprendibles de nómina), en la cual se refiere que se reconoce un total de \$5.877.668, por lo cual la condena solo debe comprender el período de los años 2017 y 2018. Ahora, en el mes de noviembre de 2019 también se evidencia el pago de “I - AVANCE PRIMA DE VACACIONES” (Fl. 62 PDF Copias desprendibles de nómina), no obstante, en manera alguna se establece que ese pago corresponda a períodos anteriores, por el contrario, se advierte que en la anualidad 2020 no se solucionó dicha prestación, lo cual podría corresponder con al avance cancelado en el año 2019, más aún cuando desde la contestación de la demanda la accionada refirió que solo con posterioridad al mes de agosto de 2019 (fecha de afiliación al Sindicato), al actor se le pagaron acreencias laborales.

De tal manera, que por los años 2017 y 2018 la prima extralegal asciende a \$10.057.667, por lo que se modificará la decisión en este aspecto.

e) De la constitución de factor salarial las primas de vacaciones de carácter extralegal frente a los conceptos de cesantías e intereses a las cesantías:

La Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1996 consagró:

“PRIMA DE VACACIONES:

“A raíz de los cambios en la jurisprudencial laboral, respecto de los hechos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Los montos dejados de liquidar y que afecten las cesantías y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán. Para efecto de los pagos correspondientes, se concede el plazo a las empresas hasta el 30 de agosto 1996.

“Las empresas podrán presentar, a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu persona acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.”

Advierte la Sala de entrada para este aspecto, que la situación de reliquidación frente a las cesantías e intereses a las mismas gozan de prosperidad, en tanto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4613-2019, Radicación No. 53842 del 29 de octubre de 2019, efectuó un análisis sobre esta situación, en la que analizó:

“En cuanto a las primas vacacionales «acordadas en las convenciones colectivas de trabajo», la cláusula 9ª de la CCT 1996-1997, establece que:

[...] A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.

“Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán.

“[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“De lo anterior es claro que entre las partes se pactó expresamente que tal beneficio convencional constituía factor salarial, por lo que la empleadora estaba en la obligación reconocer y pagar los montos correspondientes, así como a reliquidar la cesantía y sus intereses por verse afectados por ese concepto, en la medida en que no se incluyó en el salario base para su cálculo.

“En consecuencia, se condenará a la Federación Nacional de Cafeteros a reconocer y pagar la prima de vacaciones correspondiente a los últimos tres años de servicios, en los términos establecidos en el artículo 9 convencional acabado de transcribir, en sujeción a la forma en la que se venía cancelando esta prestación convencional dentro de la empresa.

“Teniendo en cuenta lo anterior, se condenará también a la demandada a reliquidar y cancelar la cesantía definitiva y sus intereses, conforme a los montos adeudados por concepto de primas vacaciones, en los términos descritos”.

Vale la pena advertir en esta oportunidad, que clara fue esta Sala de decisión en establecer que para efectos de reliquidación de cesantías debía realizarse sobre doceavas en atención según la égida interpretativa de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL5086-2019, Radicación No., Radicación 65271 del 6 de noviembre de 2019, SL10506-2016, Radicación No. 52795 del 27 de julio de 2016, SL288-2018, Radicación No. 47429 del 20 de febrero de 2018, entre otras, ello en atención de la decisión adoptada el 30 de septiembre de 2020 dentro del expediente 1100131050 19 2017 00826 01 donde se sostuvo:

“Ahora, con relación a la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías, si bien es cierto la prima de vacaciones constituye factor salarial, también lo es, como lo afirma el recurrente, que dicho monto solo puede ser tenido en cuenta en su doceava parte, como quiera que la misma se percibe de manera anual. Al tema, valga precisar, aunque en providencia del 2 de abril



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 2019, proferida dentro del radicado 28 2017 00460 01 esta Sala de decisión tuvo en cuenta el total de lo liquidado a favor del trabajador por concepto de prima extralegal de vacaciones a efectos de establecer la reliquidación de cesantías e intereses a favor del mismo, un mejor estudio del asunto permite adoptar la interpretación que aquí se expone, esto es, que solo debe ser tenida en cuenta la doceava parte de la prima de vacaciones por ser tal postura acorde a lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia en las que ha establecido de manera pacífica y reiterada que “aquellos emolumentos que hacen parte del salario y que se causen por año de servicio o proporcional a este -como es el caso de la Prima de Vacaciones-, solo deben tomarse en su doceava parte y no de manera integral”.

Bajo las premisas anotadas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, y partiendo del presupuesto que las disposiciones de la Convención Colectiva de Trabajo se entienden incorporadas al contrato de trabajo, es que debe darse primacía a aquella disposición del acuerdo convencional que le otorga el carácter salarial a la prima de vacaciones deprecada, lo cual se constituye en un derecho irrenunciable. De otra parte, en el otrosí al contrato de trabajo se incluyó como pacto de exclusión:

“Primera: El Patrono y el Trabajador de conformidad con el Artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, acuerdan que los beneficios adicionales a los incrementos salariales o en compensación de éste, que reciba el trabajador, no tienen tampoco carácter salarial, ya sea porque se trate de gastos de empresa, de trabajo, o de transporte, prestaciones sociales pensionales, en salud o educativas, o beneficios en especie tales como alimentación, salud y educación.

Del texto del pacto de exclusión, en manera alguna se incluyó la prima de vacaciones, la cual, se reitera, se pactó que tendría carácter salarial, y por ende no era dable desconocer su alcance.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior se tiene que el *a-quo* liquidó cesantías de los años 2018 y 2019, por lo cual, de entrada, se advierte que no es dable analizar períodos diferentes; así las cosas, el monto adeudado el auxilio de cesantías de dichas anualidades corresponde a una doceava de la prima de vacaciones de los años 2018 y 2019, que corresponden a \$431.275 y \$457.151, respectivamente.

Así las cosas, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 24 de junio de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, así:

“Literal B Numeral 3 por concepto de Primas Extralegales de Vacaciones la suma de \$10.057.667.

“Literal C Numeral 3 por concepto de diferencia de cesantías la suma de \$888.426”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2019 00748 01**
Demandante: GERMÁN ADOLFO SANTANA ALBA
Demandado: BANCO POPULAR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 13 de junio de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GERMÁN ADOLFO SANTANA ALBA promovió demanda ordinaria laboral en contra del BANCO POPULAR S.A., a fin de declararse que entre él y la entidad financiera demandada existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1999 y el 24 de julio de 2019, el cual se catalogó a término indefinido y finalizó sin justa causa.

Por consiguiente, se condene al BANCO PUPULAR S.A. al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa consagrada en el artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo que se encuentra vigente y que se



suscribiera el 26 de mayo de 1992, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró de manera personal e ininterrumpida al servicio del BANCO POPULAR S.A. por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1999 y el 24 de julio de 2019, a través de un contrato de trabajo a término indefinido.

Con ocasión de lo anterior, precisó que en el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1999 y el 14 de junio de 2006 laboró como trabajador en misión, así como que, desde el 12 de junio de 2006 se vinculó con la pasiva mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando como último cargo el de Cajero Principal en la Oficina Kennedy de la Ciudad de Bogotá y una retribución salarial mensual de \$2.812.046.06.

Que el despido efectuado por el BANCO POPULAR S.A. fue sin justa causa, como quiera que las conductas endilgadas para el finiquito laboral no fueron verdades, lo que da lugar al pago de la indemnización perseguida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El BANCO POPULAR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Inicialmente, precisó que como entidad financiera suscribió un contrato de índole comercial con la Empresa de Servicios Temporales GENTE OPORTUNA S.A.S., para el suministro de personal temporal en las dependencias y oficinas que a nivel nacional posee, por lo que las personas que se les contrata por intermedio de esta figura tienen la calidad de trabajadores de esa empresa, máxime si como entidad financiera



desarrollan un objeto social distinto al de las empresas de servicios temporales.

Que el convenio con la temporal GENTE OPORTUNA S.A.S. ha sido prorrogable con ocasión de distintas situaciones administrativas que en la cotidianidad se presenta con los trabajadores de planta.

Al unísono, refirió que en lo atinente a la relación laboral que sostuvo con el demandante por el periodo comprendido entre el 12 de junio de 2006 y el 24 de julio de 2019, la misma finalizó de manera unilateral y con justa causa, toda vez que la conducta del actor fue contraria a los lineamientos trazados para el desarrollo de la operación bancaria y, por consiguiente, se constituye un incumplimiento de las disposiciones legales, contractuales y reglamentarias como lo fue en el trámite de cheques y transferencias bancarias relacionadas con títulos valores.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, prescripción de la acción de reintegro, oportunidad en la decisión de reintegro y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de junio de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* en primer lugar adujo que, el BANCO POPULAR S.A. aceptó suscribir con el demandante un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 12 de junio de 2006 y



el 23 de julio de 2019, desarrollando como último cargo el de Cajero Principal, así como que al actor se le despidió el 23 de julio de 2019.

Seguidamente, expuso que, atendiendo la postura emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Ley 50 de 1990 y el artículo 35 del C.S.T., las empresas de servicios temporales que sean meras intermediarias dentro de las relaciones laborales, conlleva a que sea el verdadero empleador aquel sujeto donde se preste el servicio.

Que por tal razón, en juicio el demandante no demostró la existencia de un contrato de trabajo con el BANCO POPULAR S.A. por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1999 y el 11 de junio de 2006, bajo el entendido que en atención de la carga de la prueba que le asiste al demandante, el mismo no logró probar el presunto uso irregular de las empresas de servicios temporales alegado en el escrito demandatorio, toda vez que de las pruebas arrojadas no se advierte una continuidad en la prestación del servicio por parte del actor cuando desarrolló actividades como trabajador en misión, ello en atención a que lo certificado por la Empresa de Servicios Temporales GENTE OPORTUNA S.A.S. fueron labores desarrolladas en tal calidad, pero de manera interrumpida; circunstancia por la cual, no fue enrostrado que dicha temporal hubiese actuado como simple intermediaria.

Lo anterior, conllevó a su vez a que el operador de primer grado definiera que la relación laboral entre el demandante y el BANCO POPULAR S.A. se comprendió entre el 12 de junio de 2006 y el 23 de julio de 2019, más aún si, este tópico se encuentra demostrado con la copia del contrato de trabajo y la carta del finiquito laboral.

Seguidamente, se procedió con el análisis del despido sin justa causa alegado por el demandante, concluyendo que en atención de las motivas impuestas por el BANCO POPULAR S.A. en la carta del despido, el actor se constituyó como un

trabajador de amplia experiencia en las labores desempeñadas como Cajero como así se constata de las documentales allegadas al plenario, adicional a que, confrontados los cheques - *títulos valores* - objeto de motivo de la finalización del contrato de trabajo efectuado por el BANCO POPULAR S.A., junto con el seguimiento e informes suministrados por la misma entidad financiera, el empleador logró demostrar las justas causas endilgadas dentro de la carta de finalización del vínculo contractual, lo que a su vez conlleva a que no goce de vocación de prosperidad la indemnización por despido sin justa causa pretendida por el señor GERMÁN ADOLFO SANTANA ALBA.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Inició su argumento encontrando inconformidad en lo que atañe al contrato realidad, en la medida que laboró al servicio del BANCO POPULAR S.A. como trabajador en misión desde el 27 de mayo de 1999 hasta el 24 de julio de 2006, ya que esa contratación en misión por intermedio de la Empresa de Servicios Temporales GENTE OPORTUNA S.A.S. se encuentra e contravía de lo estatuido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; ello en tanto los servicios temporales no pueden ser superiores a 6 meses, prorrogables por otros 6 meses, de allí que al sobrepasar tal término la empresa usuaria se constituye en verdadera empleadora, tópico que así ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Con relación a la finalización del contrato de trabajo con justa causa invocada por el BANCO POPULAR S.A. y que fuese confirmada por el *a-quo*, si bien este último tuvo en cuenta la prueba aportada en el plenario, el análisis realizado no se llevó a cabo con fundamento en los principios que establece la sana crítica.



Lo anterior, en virtud a que los cheques consignados al BANCO PUPULAR S.A. por una persona natural, cheques de gerencia girados por unas entidades financieras donde se presenta una restricción para que fuesen pagados al primer beneficiario, como quiera que debe auscultarse el origen que conllevó a que ese tenedor pudiese obtener esos cheques, por lo que quien con consignó pudo endosarlos y advertir que los mismos se encontraban girados al BANCO POPULAR S.A. para constituir un encargo fiduciario, concluyendo que no existía ninguna restricción para recibir cheques en consignación.

Que si bien el cheque se recibe por el cajero, para su constitución de pago debe pasar canje, y es en este instante que debe verificarse si se encuentra consignado en la cuenta de un encargo fiduciario u otra obligación, tan es así que no existe prueba que en ese trámite a los cheques, se hubiese causado un perjuicio económico a la entidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad de que invalide lo actuado, la Sala en primer punto deberá auscultar si la relación laboral que unió a las partes y, según lo alegado por el extremo accionante, gravita en torno a un único contrato de trabajo, sin solución de continuidad, por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1999 y el 24 de junio de 2019, ello en atención a la figura de las Empresas de

Servicios que arguye se produjo ilegal con respecto de la temporal GENTE OPORTUNA S.A.S. desde el 27 de mayo de 1999 y el 14 de junio de 2006.

Como segundo problema jurídico, habrá de determinarse si la relación laboral sucedida entre el demandante y el BANCO POPULAR S.A. finalizó sin justa causa atribuible a este último.

De prosperar lo anterior, la Sala deberá abordar la pretensión de carácter condenatorio que gravita en torno a la indemnización por despido sin justa causa en los precisos términos de la Convención Colectiva de Trabajo argüida por el demandante. Finalmente, que el despido es la máxima sanción que se puede imponer al trabajador, sin que se haya convocado a descargos oportunamente al actor.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje de los planteamientos jurídicos enlistados en precedencia, es preciso que la Sala haga hincapié en que no fue objeto de reproche que entre el demandante señor GERMÁN ADOLFO SANTANA ALBA y el BANCO POPULAR S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido cuyos extremos se comprendieron desde el 12 de junio de 2006 hasta el 23 de julio de 2019, en virtud del cual el demandante desempeñó como último cargo el de Cajero Principal, devengado una última asignación básica salarial mensual la suma de \$2.561.771, prueba de ello lo son copia del contrato de trabajo, la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por el BANCO POPULAR S.A. 23 de julio de 2019, copia de la liquidación final de prestaciones sociales y la certificación laboral que expidiera la entidad financiera encartada el 11 de agosto de 2021 (Fls. 5, 28 a 29, 31 a 35, 171 a 172, 185 y 187 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL).

d. De la contratación a través de las Empresas de Servicios Temporales en los términos de la Ley 50 de 1990.

En lo que atañe a la contratación de las Empresas de Servicios Temporales, es menester indicar que estas verifican el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el desarrollo de actividades. Las mismas están reguladas por la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94.

En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Ello implica, que si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual para el trabajador oficial.

Si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria.

Para el asunto de marras, aprecia la Sala que el demandante aportó con su escrito demandatorio una certificación expedida por la Empresa de Servicios



Temporales GENTE OPORTUNA, que no fue redargüida de falsa en el juicio, la cual consigna que el actor laboró como trabajador en misión en la empresa usuaria BANCO POPULAR S.A., durante los siguientes periodos (Fl. 30 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL):

FECHA DE INGRESO	FECHA DE RETIRO
27/05/1999	5/10/2000
23/10/2000	20/09/2001
23/10/2001	1/11/2002
20/11/2002	16/11/2003
24/11/2003	11/10/2005
1/11/2005	14/06/2006

A dicha contratación del demandante, el Representante Legal del BANCO POPULAR S.A. confesó en el interrogatorio de parte rendido que en efecto el actor con anterioridad a la contratación directa que tuvo con la entidad financiera desde el mes de junio de 2006, fue trabajador en misión por intermedio de la Empresa de Servicios Temporales GENTE OPORTUNA a través de diferentes contratos de trabajos.

En tal sentido, y en atención al tiempo de contratación que se demostró tanto de la certificación emitida por GENTE OPORTUNA como por el Representante Legal del BANCO POPULAR S.A., la Sala puede colegir que de los diferentes contratos de trabajo de obra o labor contratada, la contratación realizada al demandante a través de la Empresa de Servicios Temporales como trabajador en misión al servicio de la entidad financiera extralimitó la contratación de seis meses, prorrogables por un periodo igual conforme a los lineamientos establecidos para la contratación de esta figura, y que como se dijo, se encuentran claramente definidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y que por demás la actividad desempeñada siempre fue sobre el giro ordinario de la entidad.

Ello conlleva, a que sea claro para la Sala que dentro del presente asunto se constituyó una indebida contratación, lo que implica a que sea el BANCO POPULAR S.A. el verdadero empleador del demandante, como así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones, siendo una sentencia relevante en la materia la de Radicación No. 25717 del 22 de febrero de 2006, que expuso:

“En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

“Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

“Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

“Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S. del T.; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que

corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

“Es este entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad del la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

“Bajo los derroteros trazados, en la decisión jurisprudencial aludida, claramente se colige que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deban ser considerados como servidores suyos.

“Demuestra entonces la acusación que el juzgador de segundo grado se equivocó al considerar que en este caso la contravención del plazo y la prórroga a que se refiere el ordinal 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 no determina que a la demandante se aplique el régimen propio de los trabajadores oficiales. Próspera en consecuencia la acusación. Por tanto se casará la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la decisión absolutoria de primer grado.”

Tal criterio doctrinal se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo es en sentencias SL2037-2020, Radicación No. 47881 del 15 de mayo de 2020, SL178-2020, Radicación No. 66976 del 28 de enero de 2020, SL2710-2019, Radicación No. 58141 del 17 de julio de 2019, entre otras, lo que conduce a que deba declararse al BANCO POPULAR S.A. como el verdadero empleador del demandante señor GERMÁN ADOLFON SANTANA ALBA.

A pesar de los anterior, y teniendo en cuenta las diferentes contrataciones que tuvo el demandante como trabajador en misión, se aprecia que debe declararse la existencia de dos contratos de trabajo con el BANCO POPULAR S.A., en tanto, de la certificación laboral que emitiera la Empresa de Servicios Temporales GENTE OPORTUNA, aprecia la Sala una contratación superior a un mes entre el extremo final del segundo contrato de trabajo que lo fue el 20 de septiembre de 2001 y la iniciación del tercer contrato que lo fue a partir del 23 de octubre de 2001, por lo que, al tenor de lo interpretado por nuestro **órgano** de cierre, los solapes superiores a 30 días interrumpen la configuración de un único contrato de trabajo, SL347-2021, Radicación No. 76243 del 1 de febrero de 2021, SL149-2021, Radicación No. 78083 del 25 de enero de 2021, SL095-2021, Radicación No. 74219 del 20 de enero de 2021.

Así las cosas, se declararán dos relaciones laborales sucedidas entre el demandante y el BANCO POPULAR S.A., la primera de ellas por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1999 y el 20 de septiembre de 2001, mientras que la segunda durante el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2001 y el 23 de julio de 2019, lo que conlleva a que la decisión de primer grado se modifique en este aspecto.

e. De la indemnización por despido sin justa causa alegado por el extremo demandante:

Así las cosas, vale advertir que en tratándose a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

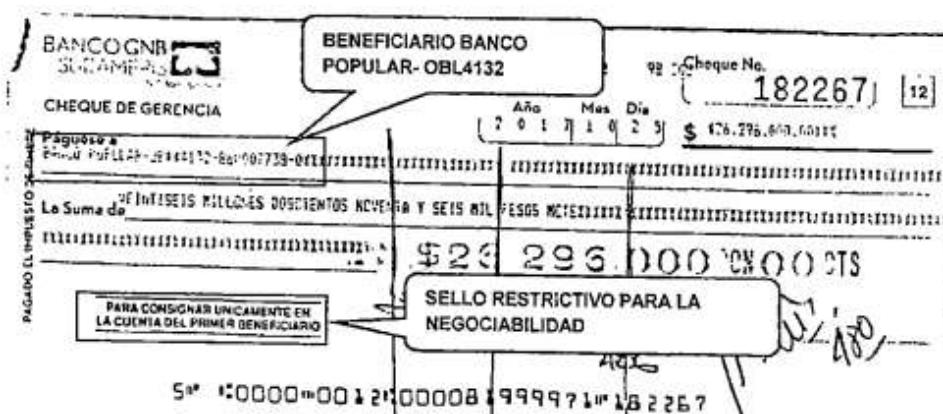
En este escenario, palmario resulta para la Sala que atendiendo la carga probatoria que le asiste al demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., la misma se acreditó a plenitud como quiera que, certificó al plenario la carta de terminación de la relación laboral que se expidiera por la encartada el 23 de julio de 2019 (Fls. 31 a 35 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL), documento que por demás no fue refutado de falso y que incluso también se aportó por el BANCO POPULAR S.A; circunstancia por la cual, le atañe a empleador comprobar que las conductas allí consignadas para el soporte del finiquito sucedieron dentro de un escenario legal entendido como una terminación justa.

Así las cosas, la referida carta argumenta lo siguiente:

“La Dirección General del Banco Popular le informa que da por terminado su contrato de trabajo con Justa Causa a partir del día 24 de julio de 2019, siendo hoy su ultimo día laborado, con base en el Informe de la Gerencia de Contraloría N° CGPAS0040-2019 de fecha 04 de junio del 2019, teniendo en cuenta los graves hechos que se describen a continuación, cuando usted en ejercicio de sus funciones como Cajero Principal de la oficina Plaza de las Américas, violó no solo los procedimientos, políticas, manuales operativos sino también el Reglamento Interno de Trabajo, así:

*“Durante los meses de septiembre a noviembre de 2017, usted procesó de forma irregular las transacciones de consignaciones de 4 cheques de gerencia de la siguiente manera: cheque No. 182267 del Banco GNB SUDAMERIS librado a nombre del “BANCO POPULAR — OB”4132-860007738-0”, cheque No. 181689 del Banco GNB SUDAMERIS librado a nombre del “BANCO POPULAR — OB 0661-860007738-0”, cheque No. 03175108 del Banco PICHINCHA librado a nombre del “BANCO POPULAR*55003070010654” y el cheque No. 785361 del Banco OAVIVIENDA librado a nombre del “BANCO POPULAR”, para un total de \$149.791.682, dinero que usted abonó erradamente a la cuenta rentar de la Fiduciaria Popular No. No. 50083601272-4 a nombre de Jeisson Andrés Galvis Parra C.C No. 80.244.650, a pesar de que el Beneficiario de los cheques no correspondía al titular de la cuenta de la fiduciaria, omitiendo al momento de realizar dichas operaciones el sello restrictivo de negociabilidad de los títulos valores “PARA CONSIGNAR UNICAMENTE A LA CUENTA DEL PRIMER BENEFICIARIO”, sin verificar que al respaldo de los cheques no había anulación de la restricción por parte del girador, para lo cual estampo el sello “certificamos que este cheque fue consignado a la cuenta del primer beneficiario”, dinero que fue retirado por el Sr. Jeisson Andrés Galvis Parra.*

“Se adjunta imagen del cheque de gerencia No. 182267 del Banco GNB SUDAMERIS librado a nombre del “BANCO POPULAR — OB”4132-860007738-0”:



BANCO GNB SUDAMERIS

BENEFICIARIO BANCO POPULAR- OBL4132

Cheque No. 182267

CHEQUE DE GERENCIA

Pagado a: BANCO POPULAR-OB 4132-860007738-0

La Suma de: VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS NOVENA Y SEIS MIL PESOS

\$29.296.000.000

PARA CONSIGNAR UNICAMENTE EN LA CUENTA DEL PRIMER BENEFICIARIO

SELLO RESTRICTIVO PARA LA NEGOCIABILIDAD

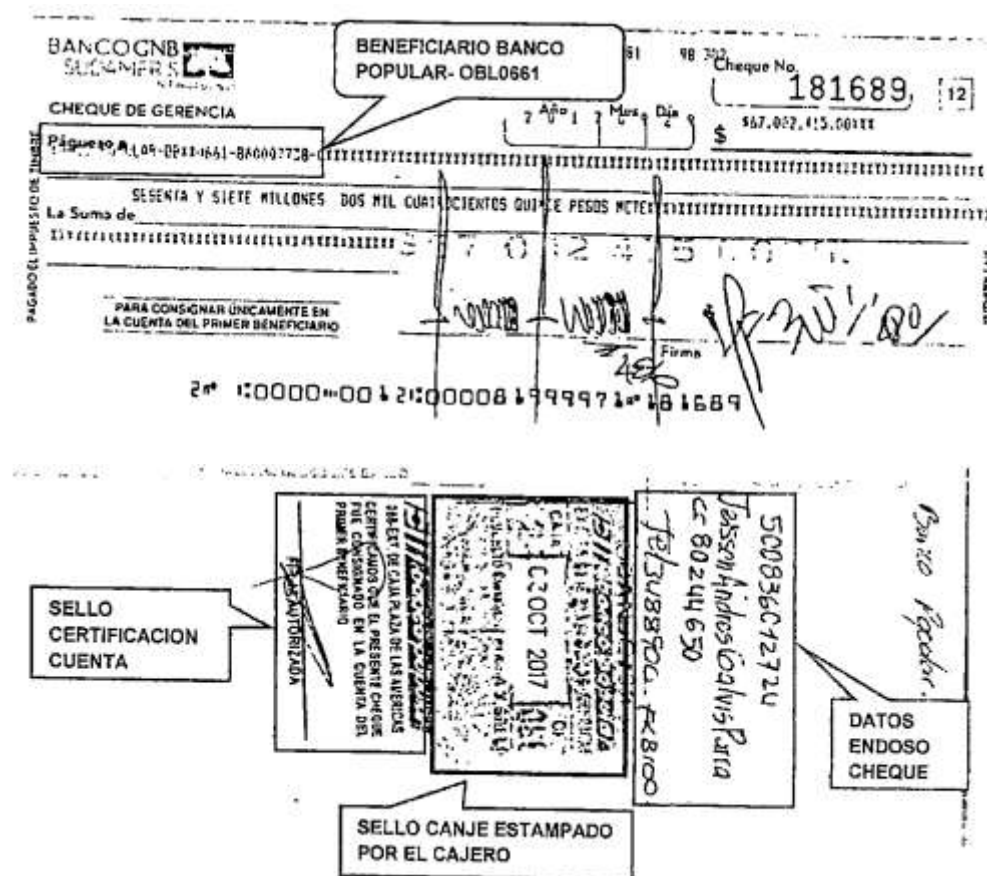
5º 00000001200008 999971 182267



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



Se adjunta imagen del cheque de gerencia No. 181689 del Banco GNB SLIDAMERIS librado a nombre del "BANGO POPULAR — OB**0661-860007738-0":



Se adjunta imagen del cheque de gerencia No. 03175108 del Banco PICHINCHA librado a nombre del "BANCO POPULAR"55003070010654":



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

BANCO PICHINCHA
0411 Av. Circunvalar
Porera

Pague a 411175108 2017 09 18 27.157.324.00****

BENEFICIARIO BANCO
POPULAR- OBL55003070010654

No. 03175108 | 60

BANCO POPULAR- 55003070010654 NIT: 0000860007738

Veintisiete Millones Ciento Cincuenta y Sete Mil Trescientos

27.157.324.00

PARA CONSTAR EN CUENTA DEL PRIMER BENEFICIARIO

B* 00000000003190000061903175108 NIT 299.200.756-7

Personas Gub. Porá
C.C. 244 630
Tel 310 24 4744
Banco Popular
500836012724

SELLO CANJE ESTAMPADO POR EL CAJERO
29 SEP 2017 035

SELLO CERTIFICACION CUENTA

DATOS ENDOSO CHEQUE

Con estos hechos graves queda claramente demostrado, que usted incumplió el MANUAL DE CAJA- PRESENTACION SERVICIOS DE CAJA - REGISTRO DE OPERACIONES EN CAJA- P004-0301 CONSIGNACIONES Y RECAUDOS EN CAJA, NUMERAL 12 (vigente para la fecha de los hechos) que dice:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Nº Ítem	Tarea	Responsable	Área	Periodicidad	Tipo de Operación	Descripción
12	Verificar correcto diligenciamiento del cheque	Cajero Principal, Cajero Auxiliar	Oficina	Cada vez que se realice por medio de cheque	Consignaciones, Depósitos, Encargos, Fiduciarios y Recaudos	Verifica cheques recibidos a cargo de otros Bancos Locales (Otros Bancos y Oficinas del Banco popular diferentes a la recaudadora) y cheques de la oficina donde se consigna, contarlos, sumarlos y verificar que coincidan contra los valores registrados en la consignación/recaudo. Verifica que el resto de los cheques (Cheques Banco Popular y Cheques otros Bancos Locales) venga relacionado el número de la cuenta (en caso de que encuentren más de un número de cuenta al respaldo del cheque debe anular o tachar el o las que no correspondan y subrayar la que sí) y la cadena de endosos con sus respectivos números de identificación, adicionalmente verificar si los cheques traen sellos restrictivos. Si el cheque tiene sellos restrictivos se debe confirmar que el beneficiario del cheque es el mismo titular de la cuenta, certificar los cheques que contengan cruce restrictivo "Páguese Consignese Únicamente en cuenta del Primer Beneficiario" y que al respaldo del cheque no tenga la anulación de la restricción por parte del girador, estampando al reverso del cheque el sello con la siguiente leyenda "CERTIFICAMOS QUE EL PRESENTE CHEQUE HA SIDO CONSIGNADO EN LA CUENTA DEL PRIMER BENEFICIARIO. Los cheques fiscales deben ser certificados expresamente, indicando el número de cuenta y nombre del beneficiario así: "CERTIFICAMOS QUE EL IMPORTE DEL PRESENTE CHEQUE FUE CONSIGNADO EN LA CUENTA NO. _____ A NOMBRE DE _____"

“Por lo tanto, no solamente incumplió sus obligaciones contractuales contenidas en el contrato de trabajo suscrito el día 12 de junio de 2006 en la cláusula sexta literal j, sino también obligaciones de carácter convencional y reglamentaria, como las previstas en el Reglamento Interno de Trabajo, numeral 12 del artículo 87; la prohibición del numeral 53 del artículo 94, numerales 6 y 16 del artículo 104, en concordancia con el artículo 6º literal A, numeral 6 de la Convención Colectiva de Trabajo del 13 de enero de 1978, y el artículo 62, literal a) numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del decreto 2351 de 1965, ameritando la cancelación por justa causa de su contrato de trabajo, como quedó inicialmente consignado, por cuanto el Banco no puede contar entre sus colaboradores con personas que defrauden la confianza que con ocasión de sus funciones le ha depositado.

“Le hacemos entrega de la orden de examen médico de retiro, para que si así lo desea se lo practique dentro de los 5 días siguientes a la fecha de terminación del contrato.

“Le agradezco diligenciar el acta y hacer la entrega correspondiente, tanto de elementos como de los documentos e información a cargo.”

Bajo esta óptica, la Sala de Casación Laboral ha precisado que las faltas graves deben ser evaluadas por el Juez del trabajo y no por las partes, mientras que las establecidas en pactos o convenciones, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, sí se determinan como causal justa para el finiquito laboral, deben ser entendidas como tal, así se precisó en la sentencia SL2309-2020, radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020.

Asimismo, la Corte en sentencia SL187-2018 lo siguiente:

“Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

“Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...”

“El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto’.

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La

violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...”

“Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal” (Subraya la Sala).”

Según lo motivado por el empleador para el finiquito laboral, la entidad financiera argumentó el hecho que el demandante desempeñando el cargo de Cajero Principal de la Oficina de Plaza de las Américas, violó los procedimientos, políticas, manuales operativos y el reglamento interno de trabajo, arguyendo en primera media la contradicción de los acontecimientos con lo estatuido en el numeral 12 del Manual de Caja -P004-0301 – Consignaciones y Recaudos en Caja, para posteriormente exponer que las actuaciones realizadas también infringieron lo estatuido en el numeral 12 del artículo 87, numeral 53 del artículo 94, numerales 6 y 16 del artículo 104, en

concordancia con el artículo 6º literal A, numeral 6 de la Convención Colectiva de Trabajo del 13 de enero de 1978, y el artículo 62, literal a) numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del decreto 2351 de 1965.

Se recalca que el actuar endilgado al demandante gravita en torno a que en los meses de septiembre a noviembre de la anualidad 2017, procesó de manera irregular las transacciones de consignaciones de 4 cheques de gerencia, cheque No. 182267 del Banco GNB SUDAMERIS librado a nombre del “BANCO POPULAR — OB”4132-860007738-0”, cheque No. 181689 del Banco GNB SUDAMERIS librado a nombre del “BANCO POPULAR — OB 0661-860007738-0”, cheque No. 03175108 del Banco PICHINCHA librado a nombre del “BANCO POPULAR*55003070010654” y el cheque No. 785361 del Banco DAVIVIENDA librado a nombre del “BANCO POPULAR”, para un total de \$149.791.682, dineros que abonó de manera incorrecta a la cuenta Rentar de la Fiduciaria Popular No. No. 50083601272-4 a nombre de JEISSON ANDRÉS GALVIS PARRA C.C No. 80.244.650, a pesar de que el beneficiario de los cheques no correspondía al titular de la cuenta de la fiduciaria, omitiendo al momento de realizar esas operaciones el sello restrictivo de negociabilidad de los títulos valores para consignar únicamente a la cuenta del primer beneficiario, sin que tampoco verificara que al respaldo de los cheques no había anulación de la restricción por parte del girador estampando sello donde se certificó que el cheque fue consignado a la cuenta del primer beneficiario, dinero que fue retirado por el señor JEISSON ANDRÉS GALVIS PARRA.

En tal sentido, en atención del contenido denominado MANUAL DE CAJA-PRESENTACION SERVICIOS DE CAJA - REGISTRO DE OPERACIONES EN CAJA-P004-0301, el mismo cataloga en su numeral 12 la función del cajero, específicamente el trámite realizado sobre los cheques. Allí se indica que en los cheques tanto del BANCO POPULAR S.A. como de otras entidades financieras ajenas al mismo, debe relacionarse el número de la cuenta y, en

caso de encontrarse más de un número de cuenta al respaldo del cheque debe anularse lo que no corresponda y subrayarse lo que sí, así como la cadena de endosos con sus respectivos números de identificación, sumado a que debe verificarse si los cheques contienen sellos restrictivos.

En caso de que el título valor contenga sellos restrictivos, debe confirmarse que el beneficiario del cheque sea el mismo titular de la cuenta, certificarse los sellos que contengan cruce restrictivo, siendo enfático en que debe pagarse y consignarse únicamente en cuenta del primer beneficiario, y que el respaldo del cheque no tenga la anulación de la restricción por parte del girador, donde también se precisó en forma clara que en el reverso del cheque debía estamparse un sello con la leyenda de *“certificamos que el presente cheque ha sido consignado en la cuenta del primer beneficiario”*.

De acuerdo con lo precedido y teniendo en cuenta la motiva del finiquito laboral, allí se puso de presente y en forma detallada los números de referencia de los cheques y la forma en que el demandante los recaudó, quedando claro que en atención de las instrucciones del MANUAL DE CAJA P004-0301, no debieron avalarse aspectos tales como el hecho de que se ordenara el recaudo a una cuenta ajena a la del BANCO POPULAR S.A.; además se identificó que el cheque se avaló por el demandante a través de una cuenta que no pertenecía al banco, sino a una fiduciaria, como así lo confesó el demandante en el interrogatorio de parte rendido, y según se desprende de los descargos rendidos por el actor en la diligencia adelantada por la encartada el 19 de junio de 2019, máxime si se tiene en cuenta que como instrucción quedó definido que ese tipo de transacciones podían llevarse a cabo únicamente a la cuenta de primer beneficiario (Fls. 6 a 26 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL).

A parte de ello, el demandante también llevó a cabo el levantamiento de los sellos de restricción de los títulos valores, en la medida que se avaló el endoso para pago a nombre de la persona natural JEISSON ANDRÉS GALVIS PARRA

ante la presunta autorización de la cuenta de la fiduciaria, lo que significó avalarse el pago del cheque a una tercera persona que en atención de las directrices impuestas para los Cajeros, resultaba en contravía de las funciones del cargo; circunstancia por la cual, a juicio de la Sala existió justificación precisa para el finiquito llevado a cabo por el BANCO POPULAR S.A. para con el demandante.

Lo anterior se acompasa con las condiciones tildadas por la entidad financiera en la carta de terminación del contrato de trabajo, como lo es el numeral 12 del artículo 87 del Reglamento Interno de Trabajo *“Acatar y cumplir las instrucciones y procedimientos que determine el Banco en forma general o particular”*, numeral 53 del artículo 94 *“Ejecutar negligente o defectuosamente el contrato de trabajo”*, numerales 6 y 16 del artículo 104 *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”* y *“La violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias”*.

La motiva llevada a cabo por la encartada para el finiquito laboral, fue sopesada con lo expuesto en la investigación administrativa que se llevara a cabo a través del documento denominado Gerencia de Contraloría CGPAS0040-2019 con referencia *“Posible certificación inapropiada de cheques de gerencia”*, donde en términos generales se realizó un análisis de conductas presuntamente atentatorias frente al banco, incluida la conducta que realizara el demandante.

Así las cosas, como lo dispuso el *a-quo*, a juicio de la Sala se puede colegir que la finalización del contrato de trabajo fue ajustada a derecho en atención de los lineamientos propios del BANCO POPULAR S.A. y del Reglamento Interno de Trabajo, por lo que, al tenor de lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, es motivo suficiente para no entrar a valorar de manera objetiva las conductas propias del C.S.T., pues como ya se indicó, las conductas fueron reseñadas como falta grave por el mismo empleador en el reglamento.

Ahora bien, el demandante sostiene en su alzada no resultar ajustado a derecho que la conducta endilgada lo fuese en el año 2017 y la terminación del contrato sucediera en la anualidad 2019. En tal sentido, no resulta de asidero su argumento, como quiera que, como quedó demostrado dentro del Informe de la Gerencia de Contraloría CGPAS0040-2019 del 4 de junio de 2019, el banco tuvo que adelantar una investigación, en la que debió verificar a parte de los cheques objeto de reproche en el juicio de marras, diferentes escenarios de irregularidades, de allí que se justifique lo decidido por la entidad financiera encartada.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL114-2023, Radicación No. 93488, del 31 de enero de 2023, señaló:

“Sin perjuicio de lo anterior, desde el momento en que el banco decidió abrir investigación contra la accionante -22 de diciembre de 2015-; analizar los sistemas de transacciones y videos -9 de febrero de 2016- y aquel en el que decidió finalizar el contrato de trabajo con ella -9 de marzo de 2016- transcurrió un tiempo razonable para entender por cumplida la inmediatez entre el hecho que conlleva la desvinculación y el despido en sí. Sobre la oportunidad de este último acto cuando el empleador se toma el tiempo necesario a efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos que constituyen la justa causa, la Corte en decisión CSJ SL11969-2017, sostuvo:

“(…) es de resaltar que los hechos por los cuales se impuso sanción el 28 de septiembre de 2005, son diferentes a los que ocasionaron el despido como constan en la documental que obra a folios 248 y ss del cuaderno N°1; y , en segundo lugar, se advierte del mismo acervo probatorio obrante en el proceso, que aquellos que generaron el despido se conocieron desde el momento en que el usuario de la cuenta bancaria en la cual se presentaron los movimientos inusuales, elevó reclamación ante el Departamento de Seguridad del Banco el 24 de noviembre de 2005, ante

lo cual se hizo la correspondiente investigación; por tanto no se puede contabilizar el tiempo transcurrido hasta la ocurrencia de la desvinculación el 23 de diciembre de 2005, al margen de los actos llevados a cabo por la empresa con el fin de investigar lo sucedido, una vez tuvo conocimiento de la operación fraudulenta en perjuicio de uno de sus cuentahabientes.

“La jurisprudencia de vieja data tiene resuelto que el despido no deja de ser oportuno cuando la empresa se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos a constituir la justa causa.

“Al margen de que se está examinado un cargo por la vía de los hechos, no está de más recordar que, sobre el análisis de la inmediatez que ha de existir entre la justa causa y la decisión motivada del despido, ha dicho esta Corte:

“En similares términos recordó la Corte en sentencia de 16 de julio de 2007 (Radicación 28682), lo siguiente:

“Asimismo, se impone traer a colación la sentencia de 30 de julio de 1993, radicado 5889, citada por el demandante en el recurso de apelación, en la cual la Corte razonó así:

“(…) En efecto, es de esperar que un empleador prudente se cerciore suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos constitutivos de la violación del contrato, y asimismo sobre otras circunstancias que puedan tener influencia en la grave decisión que habrá de privar del empleo al trabajador, sin olvidar que, además, el empresario puede estar obligado por convención o reglamento a cumplir ciertos trámites previos al despido, o que desee simplemente acatar las pautas que sobre la materia señala la Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo.

“Lo que la jurisprudencia de la Corte ha precisado como voluntad del legislador es que entre la falta y la sanción debe existir una secuencia tal que para el afectado y para la comunidad laboral en la cual desarrolla su actividad no quede ninguna duda acerca de que la terminación unilateral del contrato se originó en una determinada conducta del trabajador, impidiendo así que el empleador pueda invocar incumplimientos perdonados o infracciones ya olvidadas como causales de un despido que, en verdad tiene motivación distinta, pero esto no significa, que el empresario esté obligado a precipitar decisiones que, tomadas apresuradamente, en muchos casos redundarían en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores.



En últimas, al considerar ajustada a derecho la finalización del contrato de trabajo del demandante, no hay lugar a que la Sala se pronuncie sobre la indemnización por despido sin justa causa de orden convencional.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto el recurso de apelación interpuesto gozó de prosperidad de manera parcial.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 13 de junio de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que, con ocasión de la indebida contratación a través de Empresas de Servicios Temporales en los términos de la Ley 50 de 1990, existieron dos contratos de trabajo entre el demandante señor GERMÁN ADOLFO SANTANA ALBA y la encartada BANCO POPULAR S.A. de la siguiente manera:

1. Por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1999 y el 20 de septiembre de 2001.
2. Por el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2001 y el 23 de julio de 2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2021 00208 01**
Demandante: JAVIER DE JESÚS CAMPO ANGULO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

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

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.012.459.669 y T.P. 366.614 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

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

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAVIER DE JESÚS CAMPO ANGULO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual ocurrido el 30 de septiembre de 1994 por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. girar con destino a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual, así como que se le ordene a COLPENSIONES aceptarlo dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que inició cotizaciones en pensión dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de CAJANAL, por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 1990 y el 30 de septiembre de 1994.

Que a finales del año 1994 los asesores de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., visitaron las instalaciones de los Juzgados donde él laboraba, brindando charlas donde le fueron ofrecidos beneficios superiores a los que obtendría en el régimen público, lo que conllevó a que se trasladara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 30 de septiembre de 1994.

Refirió que antes, durante y después del traslado de régimen pensional, ninguno de los asesores le suministró una información pertinente, veraz y oportuna para de esta forma adoptar la decisión de trasladarse nuevamente, deber que tienen los fondos de pensiones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que el traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dependencias fue completamente válido, en la medida de que no obra prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten el incumplimiento del deber legal de información, por lo que el acto jurídico se debe tener como válido y eficaz.

Además, expuso que para el momento en que el actor se trasladó, si bien existía una obligación para las administradoras del sistema general de seguridad social de entregar información a quienes pretendían vincularse a ellas, era una información necesaria, veraz y suficiente, pero nada más, por lo que no existía la obligación de dar un buen consejo, incluso para desincentivar la afiliación, ni mucho menos para otorgar una doble asesoría.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La demandada COLPENSIONES refirió en su escrito de contestación que el traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad lo llevó a cabo de manera voluntaria, pues para la época del traslado, esto es 1994, no hacía falta más que la expresión de su querer de trasladarse, aspecto que se ratificó ante la suscripción del correspondiente formulario de afiliación. Además, argumentó que no puede el actor aducir un error o algún vicio en su consentimiento por cuanto ha permanecido en el régimen privado por más de 16 años, corroborando así su intención de querer permanecer allí.

Formuló como medios exceptivos los denominados inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara el demandante señor JAVIER DE JESÚS CAMPO ANGULO, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.556.270, el día 30 de septiembre de 1994, con destino a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A, por efectos de la omisión en el deber de información respecto de la mencionada administradora.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante con destino a COLPENSIONES Incluyendo los valores que corresponden a capital, réditos, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos adicionales si los hubiere, y en general, toda suma que se haya recibido, con motivo de las cotizaciones en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en el numeral que antecede, y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara como el único en forma válida se ha encontrado afiliado el demandante en el sistema de seguridad social en pensiones.

CUARTO: DECLARAR No probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los valores de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, a cargo de la AFP PORVENIR S.A, y de Un cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, a cargo de COLPENSIONES, como valor de las agencias en derecho.”

Para arribar a dicha conclusión manifestó el *a-quo* que, atendiendo la doctrina dispuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a PORVENIR S.A. demostrar que el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo precedido de un deber de información ajustado a derecho, en lo que atañe a las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, más exactamente sobre los pormenores y diferencias entre ambos regímenes, sin requerirse que las personas se encuentren inmersas frente al régimen de transición, situaciones todas que la encartada no logró probar, pues el simple formulario de afiliación no logra suplir dicha carga probatoria.

Asimismo, determinó que al tenor de lo estatuido en la Ley 100 de 1993, el asunto debe analizarse a la luz de la ineficacia, de allí que el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad resulte ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada encontrar reproche en lo atinente a la condena en costas procesales impuestas en primera instancia, en la medida que como entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida fue sujeto pasivo de la relación jurídica celebrada entre el demandante y la AFP PORVENIR S.A., estando alejada siempre y sin conocimiento alguno de las decisiones tomadas por estos sujetos en el momento de realizar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por



escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 30 de septiembre de 1994 (Fl. 15 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fl. 25 – PDF 04 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, el aquí demandante señor JAVIER DE JESÚS CAMPO ANGULO en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1994 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que los asesores de entonces y en forma grupal le indicaran que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

En este punto, vale recalcar que, si bien el demandante goza de la profesión de abogado, tal aspecto no implica que PORVENIR S.A. se releva del deber de información con los parámetros exigidos tanto en la normativa de seguridad social vigente como lo adocinado por el órgano de cierre.

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

refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia



que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Al unísono se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandada COLPENSIONES de condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir los dineros producto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, y se dispuso que debe afiliarse al actor al régimen que administra y actualizar la historia laboral de éste; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, aspectos todos por los que la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

Por tal razón, en virtud a que el fallador de instancia en nada refirió sobre la indexación de los conceptos predicados en precedencia, es menester que la Sala adicione y modifique parcialmente la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora YOLANDA ALARCÓN HERNÁNDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse la ineficacia de la afiliación que realizara en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. el 24 de febrero de 1997, PROTECCIÓN S.A. el 29 de noviembre de 2005 y COLFONDOS S.A. el 25 de septiembre de 2012.

Por consiguiente, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiese recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos, intereses y rendimientos causados, así como que se le ordene a esta última recibirla como afiliada sin solución de continuidad, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 30 de junio de 1968, realizando cotizaciones al extinto ISS por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 1993 y el 30 de junio de 1998, siendo trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. el 24 de febrero de 1997.

Que PORVENIR S.A. al momento del traslado no le proporcionó una asesoría profesional clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos que tendría dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y compararlos con las condiciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, misma situación ocurrida con PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

Por tal razón, señaló que al momento de trasladarse de régimen pensional los asesores de las AFP no se encontraban capacitados para una asesoría ajustada



a derecho, de cara a la responsabilidad de carácter profesional que ello implicaba.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas con el argumento que, teniendo en cuenta el traslado de régimen pensional que la demandante realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., se llevó a cabo con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación, cumpliendo así con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. adujo en su contestación que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias fue con ocasión de una asesoría integral y completa, respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse, donde se le informó acerca de las características del régimen privado, el funcionamiento del mismo, las diferencias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, entre otros aspectos de información.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A. refirió que la afiliación llevada por la accionante ante sus dependencias gravita en torno de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, afiliación que por demás se llevó a cabo de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación.

Impetró las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. expuso que al momento de traslado de la demandante, el asesor comercial brindó una debida información respecto de las condiciones pensionales en ambos regímenes, características de cada uno y diferencias entre los dos, así como las consecuencias de su traslado, sumado a que la actora recibió una asesoría clara, veraz y oportuna con la finalidad de que tomara una decisión fundada en elementos de juicio objetivos de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción, en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora YOLANDA ALARCÓN HERNÁNDEZ identificada con la C.C. 39.562.627, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora ALARCÓN HERNÁNDEZ, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las razones expuestas.

CUARTO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS S.A., como actual administradora, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dinero que hubiesen efectuado las otras AFP's, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, y devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., y a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES también los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con cada una de esas entidades administradoras, conforme lo expuesto en precedencia.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas con destino a esa entidad, en la forma que ya se indicó, y convalidarlos en la historia laboral de la afiliada.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría se practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$900.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, refirió el *a-quo* en inicio que la actora a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no era beneficiaria del régimen de transición, no obstante, sí contaba con una densidad de semanas importante al momento del traslado, esto es, más de 177,29, de tal suerte que ese era uno de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los aspectos por los que el fondo privado debía analizar el caso particular de la promotora con mayor acuciosidad; además expuso que del examen del formulario de traslado de régimen que realizara a través de PORVENIR S.A. no se podía colegir que se hubiese brindado a la actora una información clara y suficiente ni que haya sido ilustrada sobre las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues de haber ahondado en ello, seguramente habría desanimado al actor de trasladarse de régimen, deber de información que fue consagrado desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, refirió que del acervo probatorio allegado al trámite procesal, no se podía concluir que al demandante se le haya brindado una información clara y veraz al momento del traslado, incumpliendo así el fondo de pensiones privado con dicha carga probatoria, precisando que en el *sub-lite* lo que procede no es la nulidad del traslado sino la ineficacia del mismo ante la falta de información, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en consecuencia, ordenó la devolución de las sumas correspondientes a cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos, intereses y rendimientos, además ordenó devolver los gastos de administración los cuales debe asumir PORVENIR S.A.

Por ultimo declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas, la de prescripción y las condenó en costas y agencias en derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que en lo que respecta al deber de información, se cumplió a cabalidad con dichas obligaciones para la anualidad en que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que el formulario de afiliación resulta ser una prueba sumaria que advierte la voluntad de traslado de la actora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que con ocasión de lo anterior, fue que se generó una serie de rendimientos financieros y operaciones que le permiten a la demandante en la actualidad ostentar una cuenta de ahorro individual onerosa, y si bien hoy en día no reposa dineros ante sus dependencias, lo cierto es que durante los años de vinculación de la accionante no existió reproche en la afiliación dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En lo atinente con la devolución de gastos de administración, sumas por seguros previsionales y fondo de garantías de pensión mínima debidamente indexados, precisó que se dio descuento a este tipo de rubros al tenor de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de allí que se hubiese adquirido una serie de seguros previsionales que en la actualidad no existen ya que fueron trasladadas a la administradora que amparó la prestación pensional de la actora durante en tiempo que estuvo vinculada.

También sostuvo que la indexación de estos valores desborda los efectos de la ineficacia, en la medida que si se condena al reintegro de una cuenta individual junto con unos rendimientos financieros que en su momento fueron trasladados, el bien administrado se ha reintegrado con unas mejoras altamente ostensibles, las cuales satisfacen con creces cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización de la demandante, al igual que los rendimientos permiten a COLPENSIONES asumir eventuales contingencias al momento de realizar reconocimientos pensionales, decisión de primer grado que va en contravía incluso de la postura adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

COLPENSIONES refirió en su alzada encontrar infirmitad frente a la condena en costas, pues la misma resulta improcedente de conformidad con la naturaleza del proceso, máxime si como entidad es codemandada y no se encuentra legitimada por pasiva.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*



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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el



cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 24 de febrero de 1997, SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 29 de noviembre de 2005 y COLFONDOS S.A. el 25 de septiembre de 2012, última donde la actora se encuentra vinculada en la actualidad (Fls. 196, 205 y 217 – PDF 03 ESCRITO DE DEMANDA, fl. 32 – PDF 07 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A. y fl. 45 – PDF 08 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante señora YOLANDA ALARCÓN HERNÁNDEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1997 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que el asesor de entonces le indicó que el ISS se extinguiría, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos

financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido



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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandada COLPENSIONES de condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir los dineros producto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, y se dispuso que debe afiliarse a la actora al régimen que administra y actualizar la historia laboral de ésta; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, aspectos todos por los que la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de octubre de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 21 2021 00479 01
Demandante: CARLOS MANUEL MIRANDA ARRIETA
Demandado: DRUMMOND LTD
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS MANUEL MIRANDA ARRIETA promovió demanda ordinaria laboral en contra de DRUMMOND LTD, a fin de declararse que con la encartada existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de julio de 1995, el cual finalizó el 10 de octubre de 2020 por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, devengando como último salario la suma de \$14.319.000 bajo la modalidad de salario integral.

Asimismo, se declare que para la fecha del finiquito laboral tenía una pérdida de capacidad laboral del 70.83%, lo que conlleva a que la terminación del vínculo se



torne ineficaz y, en consecuencia, se declare sin solución de continuidad el contrato de trabajo en la medida que DRUMMOND LTD no cumplió con los requisitos exigidos en la Ley 361 de 1997 para proceder a despedir a un trabajador en estado de discapacidad profunda.

Por consiguiente, se condene a DRUMMOND LTD al pago de salarios causados desde el 11 de octubre de 2020 y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, misma situación de pago respecto de prestaciones sociales y aportes al sistema integral de seguridad social.

Que se condene al pago de la sanción dispuesta en el 26 de la Ley 361 de 1997 a razón de 180 días de salario, como consecuencia de haberse finalizado el contrato sin junta causa y sin el previo permiso del Inspector del Trabajo, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Como pretensiones de carácter subsidiario solicita se declare que a la fecha de finalización del contrato de trabajo no tenía reconocida pensión de jubilación por aportes estando al servicio de DRUMMOND LTD, por lo que se debe condenar a la encartada al pago de la indemnización por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T., la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a razón del finiquito contractual sin el permiso del Inspector del Trabajo, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido con la encartada DRUMMOND LTD desde el 18 de julio de 1995, con la finalidad de desempeñar el cargo de Ingeniero de Tráfico de la Vía Férrea en el Municipio de Ciénaga – Magdalena, vínculo contractual que fue óbice de un otrosí el 1º de enero de 1999 donde se estableció que el salario a devengar sería bajo la modalidad de integral.



Que el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA mediante Resolución No. 2866 del 10 de noviembre de 2014 le reconoció pensión de conformidad con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, es decir, desde el 12 de junio de 2014, prestación que le fuese otorgada con ocasión al tiempo servido al servicio de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en cuantía inicial de \$1.413.587.71, y sin tener en cuenta el tiempo laborado al servicio de DRUMMOND LTD.

Seguidamente, expuso que el 27 de diciembre de 2018 la AFP PROTECCIÓN S.A. le emitió comunicación donde se le informó que tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 70.83% de origen común, con fecha de estructuración el 24 de abril de 2018, comunicación que fue puesta en conocimiento a la encartada.

Que mientras estuvo al servicio de DRUMMOND LTD hizo aportes al sistema de seguridad social en pensiones a la AFP PROTECCIÓN S.A., así como que su último salario ascendió a la suma de \$14.319.000 en la modalidad de salario integral.

Refirió que el 14 de septiembre de 2020 DRUMMOND LTD le informó la finalización de su contrato de trabajo, alegando como justa causa el reconocimiento de la pensión de jubilación, a pesar que, para el 10 de octubre de 2020 ya se encontraba vigente la pérdida de capacidad laboral de la que fue objeto.

Por último, mencionó que la demandada no realizó ningún aporte ni en tiempo ni en dinero para que el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconociera la pensión de jubilación, no le canceló la indemnización por despido sin justa causa, no pidió autorización ante el Ministerio del Trabajo para finalizar su contrato de trabajo a razón de la pérdida



de capacidad laboral que lo aquejaba, al igual que para el momento del finiquito laboral no le había sido reconocida pensión de invalidez ni de vejez.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

DRUMMOND LTD contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo con el demandante, los extremos del mismo y la retribución salarial percibida por el actor, cuyo salario era bajo la modalidad de integral.

En lo que atañe a la finalización del contrato de trabajo, refirió que sucedió por cuanto al demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte del FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FEROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por lo que atendiendo la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aún cuando el trabajador goce de estabilidad laboral reforzada producto de su calificación de pérdida de capacidad laboral, no es obligatorio acudir al Inspector del Trabajo cuando se invoca una causal objetiva, aunado a que el actor no vio afectado el ingreso mínimo vital y móvil al estar percibiendo la mesada pensional, finiquito laboral que por demás se encuentra ajustado a derecho al tenor de lo estatuido en el numeral 14, literal a) del artículo 62 del C.S.T.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022, declaró que entre el demandante señor CARLOS MANUEL MIRANDA ARRIETA y DRUMMOND LTD existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 18 de julio de 1995 y el 10 de octubre de 2020, al igual que el actor al momento de la finalización del contrato



de trabajo se encontraba amparado por la garantía de la estabilidad laboral reforzada.

Por consiguiente, condenó a DRUMMOND LTD a reintegrar al demandante, sin solución de continuidad, al mismo cargo que ocupaba al momento de ser despedido, esto es, es de Supervisor Senior de Mantenimiento de Vías, u otro igual o de superior, si aquel no existiere, el cual debe estar acorde con sus condiciones de salud, lo que conllevó a su vez a condenar a razón del pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social y sumas dejadas de percibir desde el 10 de octubre 2020 hasta el momento de su reintegro.

También condenó a la demandada al pago de \$85.914.000 por concepto de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, declarando no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe propuesta por la demanda, absolviendo a esta última de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó en primer lugar que no existió discusión de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 18 de julio de 1995 hasta el 10 de octubre de 2020, en virtud del cual el actor devengó como último salario la suma de \$14.319.000, vínculo que finalizó por parte de la empleadora con el argumento de que al demandante se le había reconocido una pensión de jubilación.

En lo que atañe a la figura de la estabilidad laboral por estado de salud, refirió que la misma se encuentra contenida en la Ley 361 de 1997, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales en procura de su completa realización personal e integración social, norma que por demás consagra que en ningún caso de discapacidad de una persona, puede ser motivo para obstaculizar la vinculación laboral a menos que dicha discapacidad sea claramente demostradas como incompatible con el cargo, así como que para

la finalización del contrato, ese actuar debe ser autorizado por la Oficina del Trabajo.

Seguidamente, expuso que, en postura de la Corte Constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada cobija tanto a personas con una capacidad calificada por los órganos competentes, como aquellas que enfrentan una situación de debilidad manifiesta por razones de salud que repercuten el desempeño de su funciones, de allí que no se requiera una pérdida de capacidad laboral para ser beneficiario de este fuero de salud, sino también quien en desarrollo de la prestación del servicio vea menguado su estado de salud como su capacidad laboral por cualquier patología de tal índole que le impida o dificulte el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Que por tal razón y, en atención del caudal probatorio acreditado al plenario, el demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo venía padeciendo diferentes enfermedades o patologías como da cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral que fuese expedido el 17 de diciembre de 2018 con una pérdida de capacidad laboral de origen común del 70.83% y una fecha de estructuración del 24 de abril de esa misma anualidad, así como que se registran sendos seguimientos médicos desde el 22 de febrero de 2018 y en adelante, de ahí que resultara evidente que la condición de salud del actor le impedía el desempeño de sus funciones, máxime si se tiene en cuenta que según la postura emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para el asunto de marras existe una condición de salud moderada en la medida de que se configura una pérdida de capacidad laboral superior al 15%. También enfatizó que la demandada como empleadora conocía del estado de salud del trabajador.

Además, expuso que, si bien DRUMMON LTD terminó la relación laboral bajo el entendido que el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FEROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoció una prestación de carácter pensional mediante Resolución No. 2866 del 10 de noviembre de 2014 a partir del 12 de junio de

2014, mal afirmó el empleador en la carta de terminación del vínculo contractual que al actor le había sido reconocida pensión de jubilación, ya que como lo indica el mentado acto administrativo, lo que se reconoció fue una pensión proporcional de jubilación o pensión sanción, por lo que a pesar de que la pensión de vejez y la pensión sanción tienen naturaleza prestacional, no son equiparables, como quiera que tienen fuentes y requisitos de causación distintos, tanto así que la pensión sanción tiene un carácter subjetivo el cual clama por una estabilidad laboral de los trabajadores y sanciona al empleador que efectúe un despido luego de una cantidad considerable de años de servicios; circunstancia por la cual, a pesar de que el órgano de cierre ha señalado que la terminación del contrato de trabajo opera en casos de pensiones extralegales reconocidas por el empleador, para poderse hacer uso de esta facultad debe ser el empleador quien realizó el reconocimiento pensional y no un tercero, como sucedió respecto de la aquí demandada DRUMMOND LTD y en tal sentido, el despido no se ajustó a derecho.

Por ello, el despido resulta ineficaz, tópico que conduce a su vez a que proceda el reintegro del demandante, junto con el pago de salarios y demás sumas que hubiese dejado de percibir durante el periodo en que estuvo desvinculado y hasta que se produzca el reintegro, así como que resulte procedente la indemnización reglada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló, indicando en su alzada que el único punto de inconformidad para la alzada no obedece al resultado de la sentencia, sino la valoración probatoria, toda vez que desde el momento mismo del estudio se tuvo que haber tenido en cuenta la existencia de calificación previa del Ministerio del Trabajo.

DRUMMOND LTDA por su parte refirió en el recurso de apelación interpuesto estar en desacuerdo a plenitud de la sentencia de primer grado, en la medida que no se comparte el análisis realizado para declarar ineficaz la terminación del

contrato de trabajo con el demandante señor CARLOS MANUEL MIRANDA ARRIETA, puesto que si bien no se niega la existencia del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que agobia al actor, no es menos cierto que el finiquito laboral no se produjo con ocasión de un aspecto discriminatorio, sino porque se configuró una de las causales legales previstas en la legislación nacional como fue el hecho de la pensión de jubilación de conformidad con el numeral 14, artículo a) del artículo 62 del C.S.T., lo que constituye una causal objetiva.

Que la *a-quo* ignoró por completo que precisamente ante el exceso de la mesada pensional con ocasión de la pensión de jubilación otorgada al demandante por el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FEROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, el demandante tiene garantizado un ingreso mínimo, vital y móvil, así como el acceso a los servicios de salud, adicional a que tampoco se tuvo en cuenta las crisis de la pandemia que generaron desastrosas consecuencias económicas, máxime si el actor ni siquiera solicitó pensión de invalidez.

Al unísono, continuó indicando la contravención de declarar ineficaz la terminación del contrato de trabajo, toda vez que el mismo surgió con ocasión de una causal legal como le es el reconocimiento de la pensión de jubilación endilgada en el artículo 62 del C.S.T., la cual se da con el reconocimiento prestacional del trabajador estando al servicio de la empresa, sin que para ejercer dicha facultad ni la ley ni la jurisprudencia le exigen al empleador que esta haya sido reconocida y calculada con base en los aportes realizados por dicho empleador, sopesando su exposición en que la sentencia SL509-2017 se señalan las características de dicha causal, la cual precisa que se aplica indistintamente para los pensionados del régimen de prima media en el marco del sistema general de la Ley 100 de 1993 y los beneficiarios del régimen de transición, por lo que se convierte en una causal autónoma de la terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria.

Por tanto, su procedencia se encuentra enmarcada en la garantía que entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional, el trabajador pensionado no deja de recibir los ingresos que garantizan su subsistencia, además que una vez cumplidas las condiciones otorga al empleador la posibilidad de usarla cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa, es decir, en cualquier momento, ya que la pensión se construye con los aportes efectuados a lo largo de la vida laboral, pudiendo ser de diferentes empleadores, por lo que pretender que solo proceda bajo un empleador constituye un exceso de rigor manifiesto que ni la norma ni la jurisprudencia establece, más aún si dentro del debate probatorio ni los hechos de la demanda se debatió la naturaleza de la pensión que le fue reconocida al demandante, aspectos todos por lo que solicita la revocatoria integral de la decisión de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad de que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del asunto *sub examine* y teniendo en cuenta los recursos de apelación presentados por cada uno de los sujetos procesales que integran la litis, se deberá auscultar como primer problema jurídico si el argumento esbozado por el extremo accionante en la apelación objeto de reproche es suficiente para que la Sala lo atienda como resorte de súplica y, por ende, realice un estudio pormenorizado y de fondo.



Como segundo problema jurídico a resolver, la Sala deberá determinar si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación del contrato de trabajo, ello con la finalidad que se efectúe su reintegro a un cargo igual o de mejores condiciones al que venía desempeñando, lo que a su vez concatena con el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales y de seguridad social, junto con los aumentos legales si a ello hubiere lugar que decidiera la falladora de instancia, ello en atención a la causal endilgada por DRUMOND LTD para el finiquito laboral.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje de los planteamientos jurídicos expuestos, es menester que la Sala precise que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos a saber:

(i) Que entre el demandante señor CARLOS MANUEL MIRANDA ARRIETA y la encartada DRUMMOND LTD existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 18 de julio de 1995 y el 10 de octubre de 2020, donde el actor desempeñó como último cargo el de Supervisor Senior de Mantenimiento de Vías y una remuneración salarial al momento de la extinción del vínculo contractual en la suma de \$14.319.000, remuneración catalogada como *salario integral*, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo celebrado el 18 de julio de 1995, otrosí al contrato que data del 1º de enero de 1999 donde las partes establecieron el cambio de salario a uno carácter integral, carta de terminación del contrato de trabajo con su correspondiente enmienda de fechas 14 y 22 de septiembre de 2020, liquidación final de acreencias laborales y certificación laboral emitida por la encartada calendada el 10 de octubre de 2020 (Fls. 17 a 20, 21 a 24, 43 a 44, 45 y 49 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fls. 19 a 22, 25 a 26, 34 a 35, 56 y 63 – PDF 06 CONTESTACIÓN DEMANDA DRUMMOND LTD).

(ii) Que al demandante mediante Resolución 2866 del 10 de noviembre de 2014, el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoció una pensión proporcional de jubilación - *pensión sanción* – en los términos del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por haber laborado al servicio de los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA por el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 1980 y el 29 de noviembre de 1991, prestación que le fue otorgada en cuantía inicial de \$1.413.584.71 a partir del 12 de junio de 2014, calenda última en que cumplió el estatus pensional al ostentar 60 años de edad (Fls. 26 a 32 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fls. 25 a 26 – PDF 06 CONTESTACIÓN DEMANDA DRUMMOND LTD).

(iii) Que PROTECCIÓN S.A. por intermedio de SURAMERICANA DE SEGUROS, emitió respecto del demandante el Dictamen No. 186825 del 17 de diciembre de 2018, mediante el cual se le determinó una pérdida de capacidad laboral de origen común del 70.83%, el cual, por demás, fue notificado a la encartada DRUMMOND LTD a través de la referida AFP PROTECCIÓN S.A. el 8 de enero de 2019, notificación que no fue desconocida por el empleador como así lo aceptó en la contestación de la demanda (Fls. 33 a 42 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fl. 33 – PDF 06 CONTESTACIÓN DEMANDA DRUMMOND LTD).

(iv) Que la demandada DRUMMOND LTD finalizó el contrato de trabajo del demandante con la siguiente premisa argumentativa:

“Por medio de la presente se le comunica la decisión que ha tomado la Empresa de dar por terminado su contrato de trabajo, con base en la causal que en adelante se indica y una vez cumpla el preaviso que por medio de esta carta se le da.

“En efecto, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia le notificó a usted por medio de la Resolución No. 2866 del 10 de noviembre de 2014, que se le ha reconocido una PENSIÓN DE JUBILACIÓN a partir del 12 de junio de 2014, fecha en la cual usted cumplió el requisito de edad y por haber laborado más de 10 años en la empresa Ferrocarriles Nacionales de

Colombia, con lo cual acreditó los requisitos legales para el reconocimiento de dicha prestación económica.

“En ese orden de ideas, no se tiene ninguna duda que usted está incluido en la nómina de pensionados do Fondo Pasivo, por lo tanto, se garantiza y se tiene plena certeza que no hay solución de continuidad entre la fecha del retiro que adelante se indica y la fecha en la cual usted comenzó a disfrutar su pensión.

“De acuerdo con lo anterior, y en concordancia con el numeral 14 del artículo 7 literal a) del Decreto 2351 de 1965 que consagra como justa causa de terminación del contrato el reconocimiento el reconocimiento de la pensión de jubilación estando al servicio de la Empresa, se procede a terminar su contrato de trabajo (....)”

d. Del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante:

Como se describió en los antecedentes que preceden, el extremo accionante argumentó su alzada primeramente arguyendo estar de acuerdo con la condena impuesta por la operadora de primer grado, encontrando inconformidad en que debió existir un pronunciamiento en lo que atañe a la autorización que debió haber efectuado el Ministerio del Trabajo respecto a la calificación para la terminación del contrato.

Para lo pertinente, de entrada, advierte la Sala que la parte demandante frente este aspecto carece de interés de falta de legitimidad en la causa o interés jurídico para recurrir, entendida esto en términos generales como aquel actuar con el que goza aquella parte perjudicada en juicio para controvertir actuaciones en las que se le responsabilice procesal o jurídicamente de aspectos directos a sus intereses.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia con SP5210 del 2014, Radicación No. 41534 del 30 de abril de 2014, efectuó un análisis en lo que atañe al derecho de legitimación en la causa, donde sostuvo:

“1.2. La legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir. El sujeto procesal, parte o interviniente, solamente puede interponer el medio de

gravamen (con el correlativo derecho a que se estudie el fondo de su propuesta) en cuanto la decisión cuestionada, o la parte pertinente de ella, le hubiere causado un daño, un agravio, un perjuicio, pero medido este de manera real, material, efectiva, siempre de cara a los intereses que representa.

“Si la determinación judicial censurada favorece las pretensiones de la parte o se pronuncia en los términos postulados por esta, surge evidente que, por no existir un agravio, la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió según sus expectativas.

“Cuando la decisión judicial no se pronuncia respecto de un específico tópico, como consecuencia de que el sujeto procesal no hizo petición alguna al respecto, tampoco existe legitimidad para exigir corrección alguna.

“Ello surge evidente, en tanto, en esencia, los recursos son instrumentos previstos por el legislador para que las partes reclamen la corrección de los errores cometidos por los jueces al resolver las peticiones de estas o adoptar determinaciones oficiosas, contexto dentro del cual no puede señalarse como equivocada la ausencia de pronunciamiento sobre lo que no se reclamó.

“En palabras sencillas, si la parte no pide un acto específico y, por esa obvia razón, el juez nada decide al respecto, resulta contrario a cualquier coherencia que, por intermedio del recurso, se invoque como equivocada esa supuesta omisión, que no lo es, porque solamente se omite lo que, habiendo sido pedido, no se resuelve.”

Por tal razón, si bien aduce el apelante que la *a-quo* no realizó un juicio valorativo del permiso que debía ejercer el ente ministerial del trabajo para que operara el despido producido por DRUMMOND LTD, precisamente esa situación es la contienda dentro de este proceso de orden declarativo, respecto del cual en primera instancia se concluyó que le asistía derecho al actor para la prosperidad de derechos endilgados dentro del *petitum* tales como el reintegro y demás aspectos de pago derivados del contrato de trabajo por considerarse que era beneficiario de la prerrogativa de la estabilidad laboral reforzada por salud en los términos de la Ley 361 de 1997; circunstancia por la cual, no puede pretenderse que en esta instancia se produzca un análisis sobre un tópico que no fue contrario a sus intereses, de allí que deba rechazarse de plano el recurso en mención.

e. De la estabilidad laboral dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

En torno al problema jurídico planteado, se advierte que según lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

“[...] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

“Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

“En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

“Y añadió, que tales preceptos, además,

“[...] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

“Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

“[...] Ley 82 de 1988 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983”; [...]; Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.”; Ley 762 de 2002 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad

de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)”; [...]; Ley 1287 de 2009 “Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997.”; Ley 1346 de 2009 “por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”; y la ley estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

“En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

“De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

“[...] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

“En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo.”

Adicionalmente, la Alta Corporación señaló en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:

“[...] Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral

“Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

*“[...] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, **sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%** (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).*

*“En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, **que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral, solo aquella relevante**; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

“Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

“En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a

través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

*“En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una **condición de discapacidad relevante**, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

En tal sentido, como ya se advirtió, al demandante señor CARLOS MANUEL MIRANDA ARRIETA la aseguradora SURAMERICANA le emitió el Dictamen No. 186825 del 17 de diciembre de 2018, mediante el cual se le determinó una pérdida de capacidad laboral de origen común equivalente a 70.83%, cuya fecha de estructuración lo fue el 24 de abril de 2018.

Para la definición de lo anterior, puede apreciarse que al actor le fueron diagnosticadas patologías de “DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES NO ESPECIFICADAS”, “HISTORIA PERSONAL DE USO (PRESENTE) DE ANTICOAGULANTES POR LARGO TIEMPO”, “OFTALMOPLÉJIA TOTAL (EXTERNA)”, “FIBRILACIÓN Y ALETEO AURICULAR”, “INFARTO CEREBRAL DEBIDO A EMBOLIA DE ARTERIAS PRECEREBRALES” y “SÍNDROME APOPLÉTICOS DEL TALLO ENCEFÁLICO (I60-167+).

Ello con ocasión a que dentro del documento objeto de análisis quedó plenamente acreditado los distintos quebrantos de salud padecidos por el demandante desde el 24 de abril de 2018 y en adelante, los cuales en ningún momento fueron refutados por DRUMMOND LTD, tales como que para la fecha en mención se encontraba en las instalaciones de la encartada y fue remitido por urgencias como quiera que presentó un cuadro de enfermedad cerebrovascular, e incluso unos hallazgos compatibles con infarto cerebral del tallo encefálico.

Para para el 30 de mayo de 2018 fue atendido por Neuro Oftalmología, donde se determinó que presentaba un cuadro difícil en la medida que existía una

oftalmoplejía bilateral mayor del ojo derecho que no localizaba, con dilatación pupilar y una atrofia en el iris con ocasión de una cirugía previa que se le había efectuado.

Para el 21 de junio de 2018 se determinó que el cuadro de oftalmoplejía era complejo por cuanto era bilateral y cumplía un patrón neurológico específico y en adelante, continuó con un tratamiento arduo con ocasión de la situación cerebrovascular presentada, presentando deficiencias óseas, síndromes apopléticos del tallo encefálico, entre otros aspectos presentados principalmente a razón de la falla cerebrovascular.

Bajo esta égida, la Sala puede colegir en primera medida que teniendo en cuenta los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para el asunto de marras se configura el amparo de la figura de estabilidad laboral ante las situaciones de salud que acaecen sobre el demandante de conformidad con lo preceptuado en la Ley 361 de 1997.

Nótese primeramente que el demandante acreditó en juicio la notoria deficiencia en su salud desde el año 2018 y en adelante, tanto así que la crisis *prima facie* ocurrida en su integridad lo fue a partir del 24 de abril de 2018 cuando se encontraba ante las dependencias de DRUMMOND LTD y padeció el quebranto cerebrovascular que dio origen al consecutivo quebranto en su salud, situación que conlleva a determinarse el conocimiento previo del empleador sobre las patologías presentadas por el señor CARLOS MANUEL MIRANDA ARRIETA.

Adicionalmente, en tratándose de la limitación física, psíquica o sensorial con carácter de moderada en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal requisito se probó fehacientemente con el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral No. 186825 del 17 de diciembre de 2018, que claramente advierten una deficiencia de 70.83%, insuficiencia claramente ilustrativa de las gravosas patologías por el actor.

Es así como a juicio de la Sala, puede colegirse que dentro del *sub-examine* se configuraron los requisitos mínimos preceptuados tanto en la norma como en la jurisprudencia para la declaratoria de la estabilidad alegada por el demandante, sin perderse de vista y teniendo como punto álgido, el hecho de que el empleador tuvo pleno conocimiento de los padecimientos que venía presentando el demandante desde el año 2018; tanto así, que fue la misma DRUMMOND LTD quien acreditó incluso la notificación que PROTECCIÓN S.A. le realizó con ocasión del dictamen de pérdida capacidad laboral el 8 de enero (Fl. 33 – PDF 06 CONTESTACIÓN DEMANDA DRUMMOND LTD), requisito *sine qua non* para que se pudiese aplicar esta figura.

Ahora, el reproche trascendental de la encartada para la revocatoria de amparo ocurrida en primera instancia, gravita en torno a que la terminación del contrato de trabajo del demandante fue con ocasión de la pensión que le fuese reconocida en el año 2014 por parte del FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a la luz de lo estatuido en la Ley 171 de 1961 - *pensión sanción* -, ello con ocasión del tiempo de servicios prestado a través del extinto empleador FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, finiquito laboral que debe presumirse legal en tanto así lo regula

Para lo pertinente, es menester precisar que el numeral 14 del artículo 62 del C.S.T., determina como justa causa para finalizar el contrato de trabajo ante el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio. Para lo pertinente, del análisis interpretativo de esta prerrogativa normativa, con independencia del carácter de la pensión reconocida, el empleador podía terminar la relación con justa causa, pues además de que la norma no distingue sobre la naturaleza de la pensión (lo que impide al interprete efectuar la distinción) los criterios, el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador, luego no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le

brinda y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el empleado ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad, convirtiéndose así en una causal objetiva que la misma normativa laboral regula como ajustada a derecho para el finiquito laboral, situación que incluso ha sido tratada por el órgano de cierre en diferentes decisiones, siendo una de ellas la SL3823-2020, Radicación No. 83874 del 30 de septiembre de 2020.

A pesar de lo anterior, el hecho de que el demandante para el momento del despido tuviese una pensión sanción reconocida desde la anualidad 2014, lo que en principio daría cabida a la legalidad de la finalización del contrato de trabajo, no puede ser óbice para que el empleador pretenda extralimitarse de su subordinación y pasar por alto la estabilidad laboral reforzada del actor a razón de su notoria afectación por salud en los precisos términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma cuyo fin es la no discriminación del trabajador derivada de su salud.

Y es precisamente lo sucedido dentro del presente asunto, como quiera que a pesar de que el demandante obtuvo la pensión sanción en el año 2014, lo cierto es que el empleador no ejerció el poder facultativo para endilgarle la finalización del contrato de trabajo por lo menos con anterioridad al año 2018, tiempo para el cual no tenía conocimiento sobre el estado de salud del señor CARLOS MANUEL MIRANDA ARRIETA, más aún si se sopesa el hecho que, para el mes de enero de 2019 tuvo conocimiento directo de las patologías padecidas por el actor, en el entendido que se profirió dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 70%.

Por tal razón, a juicio de la Sala el actuar de DRUMMOND LTD de poner fin al contrato de trabajo aún a sabiendas del quebranto de salud del demandante, es un actuar que constituye el amparo solicitado por este, sin que pueda alegarse como justa causa la situación pensional desde el año 2014, debido a que el legislador previó la garantía de la estabilidad laboral por salud en cualquier



escenario laboral. Concatenando lo dicho, no resulta de resorte que el empleador hubiese dejado hacer uso de la causal legal de terminación por más de 5 años, y fuese aplicada después de haberse tenido conocimiento de los diagnósticos padecidos por el demandante, actuar de a criterio de ponderación de derechos, extralimitó en contra del trabajador, aspectos todos que conllevan a que la decisión de primer grado sea confirmada sobre este aspecto.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se dispone **DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO PARCIALMENTE** el auto calendado el 20 de septiembre de 2022, a través del cual se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.



CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a final flourish.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

A large, complex handwritten signature in black ink, with many overlapping strokes and a long horizontal flourish at the bottom.

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a prominent 'Z' and a few other strokes.

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 050 **24 2019 00 716 01**
Demandante: DAGOBERTO SOLER MENDEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de instancia fue adversa a los intereses de la entidad, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor DAGOBERTO SOLER MENDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que se declare que cuenta con 1317 semanas

cotizadas al sistema general de pensiones, teniendo en cuenta el tiempo cotizado a la entidad demandada y los certificados de pago de cotizaciones a pensión.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a la encartada a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 13 de enero de 2018 de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que cotizó al sistema general de seguridad social en pensiones desde el 15 de noviembre de 1975 hasta el 30 de junio de 2003 y que el 29 de febrero de 2016 solicitó a la pasiva el reconocimiento y pago de la pensión vejez, pedimento que fue denegado mediante Resolución GNR 125761 del 28 de abril de 2016.

Agregó que el 17 de enero de 2016 solicitó nuevamente a la encartada el reconocimiento y pago de la referida prestación pensional, la que negó a través de la Resolución No SUB145937 del 30 de mayo de 2018, decisión ante la cual interpuso recursos de reposición y apelación, los que fueron desatados a través de las Resoluciones SUB179734 de 5 de julio de 2018 y DIR 14306 de 6 de agosto de 2018 en las que confirmó la decisión recurrida.

Seguidamente, sostuvo que teniendo en cuenta el tiempo cotizado al sistema general de seguridad social en pensiones y el que no aparece reportado, alcanza un total de 9216 días, que equivalen a 1317 semanas, las que discrimina en el hecho noveno del libelo demandatorio, entre los cuales incluye los certificados de pago por algunos periodos.

Finalmente, refirió que nació el 13 de enero de 1956 y cumplió el requisito de la edad el 13 de enero de 2018; que el 23 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez, la que negó en la Resolución SUB 210984 de 6 de agosto de 2019, dando cumplimiento de esa forma a la exigencia establecida en el artículo 6º del Decreto 2158 de 1948. (Archivo 03).

Por auto de 18 de enero de 2021 el Juzgado de origen dispuso la remisión del expediente al Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por cumplir con los presupuestos establecidos en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura. (Archivo 17).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

En virtud de lo anterior, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante proveído de 6 de julio de 2021 avocó conocimiento del proceso; e igualmente, tuvo por no contestada la demanda a COLPENSIONES por haberla presentado de manera extemporánea. (Archivo 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de agosto de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 13 de enero de 2018, en cuantía inicial del salario mínimo mensual legal vigente sobre 13 mesadas anuales, con los incrementos de ley; además, ordenó el pago de \$52.143.931 por mesadas causadas del 13 de enero de 2018 al 31 de julio de 2022, autorizando los descuentos a salud; y condenó al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 24 de septiembre de 2019 y hasta que pague el retroactivo

pensional, junto con las costas y agencias en derecho.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó el fallador de instancia que el actor no había mantenido el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que la norma a tener en cuenta para estudiar el derecho pensional que reclama alude a la Ley 797 de 2003, la cual en su artículo 33 establece los requisitos para acceder a la citada prestación.

Agregó que la edad de 62 años la cumplió el demandante el 13 de enero de 2018; en lo que respecta al requisito de 1300 semanas, dijo que existían inconsistencias en los periodos de 1º de septiembre al 30 de diciembre de 1998, 1º de marzo al 30 de junio de 1999, 1º de abril de 1999 al 30 de enero de 2000, 1º al 30 de agosto de 2000 y 1º de enero al 30 de julio de 2001. En esa medida, trajo a colación los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993, señalando que tales ciclos debían ser tenidos en cuenta, dado que fueron cancelados por Productos Químicos Rocket Ltda., conforme se evidencia de los desprendibles de pago que obran a folios 36 a 76 y 122 a 132.

Sin embargo, advirtió que tales pagos no se efectuaron a entera satisfacción, pues según se dijo en la Resolución SUB 210984 del 6 de agosto del 2019, en la que le fue negada la pensión al actor, el citado empleador no había sufragado los intereses de mora por los periodos ya mencionados. Ante a tal situación, estimó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en señalar que las AFP se encuentran en la obligación de realizar el cobro a través los diferentes medios con los que cuentan, tanto administrativos como judiciales, sin que se le pueda imponer tal carga al trabajador, pues tienen la posibilidad de iniciar el cobro a través del proceso ejecutivo laboral para que los empleadores paguen estos intereses una vez agote el trámite del cobro coactivo, conforme lo normado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, sin que en el presente asunto tales acciones hayan sido ejercidas de manera completa.

Sostuvo que en el plenario se acreditó que el actor estuvo vinculado con Productos Químicos Rocket Ltda., según el anverso del folio 121 del expediente, donde se aporta la liquidación de prestaciones sociales definitivas del contrato del trabajo demandante, el cual inició el 16 de agosto de 1989 y estuvo vigente hasta el 20 de octubre del año 2001, es decir, que durante ese lapso se acreditó la vinculación del actor con esa sociedad, lo que se colige con el reporte en semanas efectuado a Colpensiones, en donde se evidencia que durante ese tiempo, el demandante fue objeto de afiliación por parte de dicho empleador y se efectuaron aportes de manera continua a excepción de los periodos ya referidos, los cuales considera el despacho ya fueron reconocidos, por ende, los periodos que alega la demandada en mora deben ser imputables por parte de la AFP, la cual esta en libertad de ejercer las acciones administrativa y judiciales para obtener el reconocimiento y pago de los valores que le adeuden por aportes a seguridad social, los cuales tienen el carácter de imprescriptibles.

Así las cosas, al contabilizar los periodos antes referidos encontró que el demandante cuenta con un total de 1305 semanas cotizadas, es decir, que cumple a cabalidad con el requisito establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez. Frente al monto de la mesada, dijo que al efectuar las operación aritméticas del caso, obtuvo como valor de la misma el salario mínimo mensual legal vigente, el cual para el año 2018 asciende a \$781.242, indicando que procede a razón de 13 mesadas pensionales por efectos del Acto Legislativo 01 del año 2005, y que la misma debe ser reajustada cada año, según lo dispuesto por el gobierno nacional.

De acuerdo con lo anterior, expuso que procedía el pago del retroactivo pensional causado desde el 13 de enero de 2018 y hasta 31 de julio del 2022, en suma de \$52.143.931 y autorizó a la pasiva a realizar los descuentos a salud. Frente al pago de los interés moratorios señaló que eran procedentes conforme lo indicado en las sentencias SL1681 de 2020 y SL3662 de 2020, en las que se dijo que era viable el

reconocimiento de los intereses ante la omisión del reconocimiento y pago injustificado de la pensión, concluyendo así, que en el presente asunto el demandante cumplía con los requisitos legales para obtener la pensión, por ende, los intereses deben ser reconocidos y pagados desde el 24 de septiembre de 2019, y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional objeto de condena, ya que solicitó el pago de la pensión el 23 de mayo del mismo año. Por último, adujo que no procedía el análisis de excepción alguna, toda vez, que se tuvo por no contestada la demanda y condenó en costas en derecho a la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Sostuvo en su alzada que esa entidad efectuó el estudio de la solicitud de pensión de vejez del actor en atención a las semanas que aparecían efectivamente en su historia laboral, atendiendo a las disposiciones de ley que le eran aplicables, por tanto, no podía reconocer más allá de las semanas que efectivamente se encontraban cotizadas.

Refirió que en vía administrativa efectuaron las acciones de cobro a la empresa que se encontraba en mora, agotando lo establecido en la ley respecto a las acciones que le corresponden, razón por lo cual no es de recibo que le sea trasladada la responsabilidad de las cotizaciones. Además, el reconocimiento pensional se da en atención a la aplicación jurisprudencial e interpretación que efectúa el Juzgado de instancia respecto de la normatividad aplicable, por tanto, solicita se revoque la condena respecto de los intereses moratorios y se le absuelva de todas y cada una de las condenas que le fueron impuestas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como argumento primigenio, si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama el demandante. De prosperar lo anterior, también deberá auscultarse si resulta procedente la condena por concepto de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las demás pretensiones que se deprecian en el petitum.

c. De la pensión de vejez:

Pretende el promotor de la litis el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo regulado en la Ley 797 de 2003, ya que cuenta con más de 1317 semanas cotizadas al cumplimiento de la edad; sin embargo, COLPENSIONES no ha tenido en cuenta todas las semanas que ha cotizado a la entidad, incluso aquellas con las que cuenta con los respectivos certificados de pagos, de ahí que se deba proceder con las correcciones del caso para poder acceder a la prestación pensional de vejez que reclama.

De cara a lo anterior, imperioso resulta memorar lo establecido en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y que señala los requisitos para obtener la pensión de vejez, así:

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

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

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

(...)”

Bajo ese escenario, se puede colegir que el demandante nació el 13 de enero de 1956 como da cuenta su cédula de ciudadanía (Fl. 127 archivo 08), por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes del año 2018, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, al confrontar la totalidad de semanas acreditadas en el plenario, se encuentra que obra Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES el 13 de agosto de 2018, en el que se indica que el actor se afilió a esa administradora el 15 de noviembre de 1975, y que cotizó un total de 1215.43 semanas, entre el 15 de noviembre de 1975 y el 30 de junio de 2003. (Fls. 91 a 95 archivo 03). Cantidad de semanas cotizadas que son las mismas que se indican en las Resoluciones SUB 145937 de 30 de mayo de 2018, SUB 179734 de 5 de julio de 2018 y DIR 14306 de 6 de agosto de 2018 en las que le fue negada la pensión de vejez al actor. (Fls. 15 a 37 archivo 03).

Ahora, acorde con lo anterior refiere el gestor que contrario a lo sostenido por la entidad accionada, alcanzó un total de 1317 semanas, de las cuales no se relacionan en su histórico las que cotizó a través del empleador PRODUCTOS QUÍMICOS ROCKET LTDA., en los siguientes periodos:

No.	Desde	Hasta	Total Días
1	1/09/1998	30/12/1998	120
2	1/03/1999	30/06/1999	120
3	1/09/1999	30/01/2000	150
4	1/08/2000	30/08/2000	30
5	1/01/2001	30/07/2001	210

Al respecto, el Juez de instancia señaló que tales periodos debían ser tenidos en cuenta, ya que fueron cancelados por PRODUCTOS QUÍMICOS ROCKET LTDA., conforme se evidencia de los desprendibles de pago que obran a folios 36 a 76 y 122 a 132 del expediente físico; empero, la Sala al verificar las pruebas que reposan en el expediente digital, entre ellas, las que corresponden a los referidos folios, observa que obran pagos al Sistema de Seguridad Social Integral por parte del citado empleador, en el que aparece relacionado el actor, empero, no corresponden a los periodos antes descritos (Fls. 48 a 57 archivo 03), pues solo obran los pagos a pensión de los meses de septiembre y noviembre de 1998 (Fls. 81 a 82 archivo 08).

No obstante, advierte esta Colegiatura que tal como lo expuso el *a-quo*, se encuentra acreditado que el gestor estuvo vinculado con PRODUCTOS QUÍMICOS ROCKET LTDA., del 16 de agosto de 1989 al 20 de octubre del año 2001, según la liquidación de prestaciones sociales que reposa en el expediente y los desprendibles de nómina de pagos efectuado al actor por esa sociedad entre el febrero de 1999 y octubre de 2001, además de la Relación de Novedades Registradas y del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones que emitió la encartada el 13 de agosto de 2018, se puede verificar que el gestor fue afiliado por ese empleador el 20 de octubre de 1989 y que fue retirado el 20 de octubre de 2001, según se colige de las novedades de ingreso y retiro que se indican en dichas documentales. (folios 54 archivo 08 y folios 58 a 90 y 91 a 98 archivo 03).

Además, del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones en comento, se observa que el pluricitado empleador realizó cotizaciones a favor del actor entre el 20 de octubre de 1989 y el 20 de octubre de 2001, a excepción de los periodos atrás

referidos, los cuales suman un total de 630 días, que equivalen a 90 semanas; adicionalmente, encuentra este Juez Colegiado que no se reportan las cotizaciones del 1º al 30 de agosto de 1999 y del 1º de noviembre al 31 de diciembre de 2000, lo que corresponde a 12.86 semanas; luego, al sumar las 1.245.43 semanas que relaciona la pasiva, con las 90 y las 12.86 semanas que no se reportan en el histórico, esto arroja un total de 1318,29 semanas; sin embargo, debido a que el demandante no reparó lo decidido en primera instancia al respecto, se mantendrá incólume el cúmulo de semanas que encontró acreditado el juez de primera instancia, en suma de 1305 semanas, ya que el proceso se estudia en consulta a favor de la encartada.

Sobre los periodos que no fueron tenidos en cuenta por parte de COLPENSIONES en la historia laboral del actor, cabe reseñar que sobre este puntual aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos ha señalado que las administradoras de pensiones deben cumplir puntualmente sus obligaciones legales, dentro de las cuales está la de cobrar a los empleadores aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque en principio dicha obligación es del empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el deber que a ellas les concierne en cuanto a llevar a cabo las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes.

Sobre tal aspecto, clara ha sido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en imponer la mora de los aportes adeudados en responsabilidad de las administradoras pensionales atendiendo la carga que les asiste al tenor de lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, así puede apreciarse de la sentencia SL4787-2021, Radicación No. 84196 del 19 de octubre de 20231, en la que sostuvo:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Siguiendo los criterios expuestos en la referida línea jurisprudencial, se tiene, que en lo que respecta a la captación de aportes al sistema, concurren las obligaciones de empleadores y administradoras: del primero, al pago oportuno; y del segundo, la gestión de cobro. Por ende, al consumarse la mora en el pago de las cotizaciones, se genera automáticamente un crédito a favor del fondo de pensiones por el que, en consecuencia, debe cumplir con su deber de recaudo a través de las herramientas que el mismo artículo 24 de la Ley 100 de 1993 le otorga.

“Por su parte, al trabajador le basta con prestar el servicio para tener la condición de cotizante activo, pues con el solo despliegue de su actividad económica causa la contribución, independientemente si el empresario cancela o no los aportes. Así se expuso en la sentencia CSJ SL. 25 en. 2011, rad. 37846, reiterada, entre otras, en la CSJ SL4952-2016:

“Se ha de advertir, que a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, el trabajador subordinado afiliado a la seguridad social se tiene como cotizante activo mientras permanezca vigente la relación laboral, aunque se presente mora patronal. Es decir, que la condición de cotizante activo del trabajador dependiente se deriva no solamente de la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones como equivocadamente parece entenderlo el Tribunal, sino también de que tenga una relación laboral vigente, independientemente de que haya incumplimiento del patrono en el pago de los aportes respectivos.

“Lo anterior, conlleva a dos conclusiones: i) que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP o del nominador no puede perjudicar al trabajador, pues ya este cumplió su carga dentro del sistema; y, ii) que a la administradora al no cumplir con la gestión de hacer efectivo el crédito de las cotizaciones faltantes, se le impone como consecuencia el pago de la prestación correspondiente.”

Es por ello, que al no advertirse en el plenario que COLPENSIONES hubiese realizado gestiones tendientes al cobro de los aportes del demandante frente al empleador QUÍMICOS ROCKET LTDA., por los periodos antes enlistados, es que los mismos debían tenerse en cuenta para el cómputo pensional conforme a las razones expuestas, aspectos todos que conllevan a verificar que el demandante acreditó las 1300 semanas que exige la norma en cita, pues alcanzó 1318.29 al 30 de junio de 2003, empero, como ya se dijo se mantendrán en 1305, por consiguiente es merecedor de la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 797 de

2003, como quiera que adquirió los requisitos mínimos preceptuados en la norma en cita.

En cuanto a la fecha de disfrute y el monto de la mesada pensional, se tiene que el demandante efectuó cotizaciones hasta el 30 de junio de 2003, según se observa del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones (Fls. 166 a 172 archivo 008); e igualmente, cumplió la edad de 62 años el 13 de enero de 2018 como viene de verse, por lo que el reconocimiento procede desde dicha calenda, tal como lo concluyó el *a-quo*.

Ahora, en lo que atañe al monto de la primera mesada pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio del IBL debe calcularse con toda la vida laboral o, con los últimos diez años, como quiera que el demandante cotizó más de 1250, en esa medida, el juzgado de origen determinó el valor de la misma en suma inicial del salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, sin que la parte actora haya hecho reparo a tal determinación, lo que se ajusta a los presupuestos legales, lo que conlleva que el monto pensional allí determinado se mantenga incólume, mesadas que proceden sobre trece (13) al año, conforme lo reseñado en el Acto Legislativo 01 de 2005 y con los reajustes de ley.

Por tanto, al determinarse el valor de la mesada pensional al 13 de enero de 2018 asciende a la suma de \$781.242, se tiene que el monto del retroactivo por el periodo comprendido entre el 13 de enero de 2018 y el 31 de enero de 2023, sobre 13 mesadas pensionales al año, asciende a la suma de \$57.991.434 como se aprecia a continuación:

DESDE	HASTA	No. MESADAS	VALOR MESADA	VALOR ANUALIDAD
13/01/2018	31/12/2018	13	\$ 781.242	\$ 9.843.649
1/01/2019	31/12/2019	13	\$ 828.116	\$ 10.765.508
1/01/2020	31/12/2020	13	\$ 877.803	\$ 11.411.439
1/01/2021	31/12/2021	13	\$ 908.526	\$ 11.810.838
1/01/2022	31/12/2022	13	\$ 1.000.000	\$ 13.000.000
1/01/2023	30/01/2023	1	\$ 1.160.000	\$ 1.160.000
TOTAL RETROACTIVO				\$ 57.991.434

En consecuencia, se modificará la decisión de primer grado, en tanto, se había establecido un retroactivo de \$52.143.931 causado entre el 13 de enero de 2018 hasta 31 de julio del 2022. Sobre el retroactivo aquí determinado se autorizará a COLPENSIONES que realice los respectivos descuentos en salud, como lo señaló el juez de instancia. La anterior decisión no implica desconocer la *no reformatio in pejus*, por cuanto solo se está actualizando el retroactivo a enero de 2023.

d. De los intereses moratorios.

Sea lo primero indicar, que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3796-2022, con Radicación No. 84932 de 1º de noviembre de 2022, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Se destaca que en fallo CSJ SL3550-2018 esta corporación consideró procedente el pago de intereses, cuando la negativa frente al reconocimiento de la pensión se funda en la falta de densidad de aportes y la mora del empleador, para lo cual explicó:

[...] Para resolver el asunto, cabe destacar que esta Sala ha señalado que cuando exista retardo en el pago de las mesadas pensionales hay lugar a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, esto con independencia de si existió o no buena fe de la administradora. Asimismo, que en algunos asuntos especiales dichos intereses no son viables, como por ejemplo, cuando la administradora actúa con apego a una norma legal vigente para el caso en concreto o cuando existan dudas sobre el destinatario de la prestación como sería el tema de controversias entre los beneficiarios de una pensión de sobreviviente, situaciones que no acontecen en el sub judice, pues el no pago de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las mesadas pensionales no se debió a un respaldo normativo o a la aplicación estricta de la ley sino, a la falta del cumplimiento de un deber, como lo es, contabilizar el total de las semanas cotizadas, tanto las efectivamente pagadas, como las sufragadas de manera extemporánea por parte de la empleadora. [...]

En el sub lite, se evidencia que el reconocimiento pensional no se dio debido a que la cuenta individual del actor presentaba mora en los aportes realizados por su empleadora, razón por la cual -tal como el ad quem lo encontró probado- la administradora desplegó la gestión de cobro y, en tal virtud, la morosa procedió a realizar el pago junto con los intereses adeudados; así las cosas, pese a que este fue extemporáneo, lo cierto es que sí se efectuó y Protección S. A. tenía el deber de contabilizar los períodos correspondientes de diciembre de 2007 a mayo de 2008, con el fin de verificar si el promotor cumplía con los requisitos para ser acreedor de la pensión solicitada.

Dicha postura fue acogida por la Sala, entre otras, en sentencia CSJ SL21082-2017.

De lo anterior, se tiene que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en su demanda de casación, pues, como quedó visto, la negativa al pago de la pensión deprecada obedeció a que la administradora convocada consideró que Orozco Zapata no acreditó el número de semanas cotizadas necesarias para causar el derecho; no obstante, como ya se dijo, el requisito sí se cumplió en razón al pago de los periodos en mora, aun cuando fuera extemporáneo.”

Analizado entonces el caso de marras, se tiene que en efecto se configuró un indebido actuar por parte de COLPENSIONES para el reconocimiento y pago del derecho pensional, por cuanto, no resulta de justificación el hecho que siendo evidente que la relación contractual del actor con el empleador moroso no había fenecido, no haya desplegado las acciones tendientes a gestionar el cobro de los aportes que aquí se echaron de menos, y sobre los cuales el gestor había advertido a la entidad, como por ejemplo en la comunicación de fecha 23 de agosto de 2016 (Fl. 111 a 112 archivo 08), sin que la pasiva haya resuelto la situación de las cotizaciones del demandante al servicio de PRODUCTOS QUÍMICOS ROCKET LTDA.

Luego, al imponer dicha carga al propio gestor cuando le negó la prestación pensional sin llevar a cabo las acciones de cobro por los periodos aquí reseñados, a juicio de la Sala es una situación que permite fulminar condena por este concepto,

luego, los argumentos de la pasiva en tal sentido no tienen viso de prosperidad, pues no se trata de un caso en los que la jurisprudencia o la ley la exima del pago de los intereses que aquí se reclaman.

Ahora, el juzgado de origen emitió condena por el pago de intereses moratorios a partir del 24 de septiembre de 2019 y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional, ya que solicitó el pago de la pensión el 23 de mayo del mismo año. Empero, se observa que la Resolución SUB 145937 de 30 de mayo de 2018, indica que el actor solicitó la pensión de vejez el 17 de enero de 2018 bajo el radicado No. 2018_503030, es decir, cinco días después de haber acreditado los requisitos para acceder a la prestación, así, los intereses procederían desde el 17 de mayo de 2018. (Fls. 15 a 21 archivo 03).

No obstante lo anterior, la decisión adoptada en tal sentido en la sentencia objeto de censura se mantendrá incólume, dado que tal aspecto no fue objeto de inconformidad por parte del promotor de la litis y además, el presente asunto se analiza en el grado jurisdiccional de consulta al tenor del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Por último, debe señalar este juez colegiado que no hay lugar a estudiar medio exceptivo alguno, dado que se dio por no contestada la demanda a COLPENSIONES. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la accionada a reconocer y pagar al actor la suma de \$52,143.931 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 13 de enero de 2018 y el 31 de julio de 2022. Para en su lugar disponer, que el valor del retroactivo asciende a \$57.991.434 por concepto de mesadas pensionales causadas del 13 de enero de 2018 al 30 de enero de 2023.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, y a favor del demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 30 2019 00651 01
Demandante: LUZ FABIOLA CÁRDENAS HERNÁNDEZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 20 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ FABIOLA CÁRDENAS DÍAZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado realizado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de PORVENIR S.A. el 2 de agosto de 1999, de allí que la misma se deba dejar sin valor y efecto.

Por consiguiente, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses, así como que se le ordene a esta última aceptar dicho traslado y efectuar su afiliación en el Régimen de

Prima Media con Prestación Definida con todas las contingencias que existan en su cuenta de ahorro individual dentro del régimen privado, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se afilió a los riesgos de vejez, invalidez y muerte en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 14 de mayo de 1985 hasta el 30 de septiembre de 1999.

Que para la anualidad de 1999 los asesores de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., le efectuaron una charla con la finalidad que se trasladase al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se le comunicó que el ISS se extinguiría y que en el régimen privado obtendría una prestación en iguales condiciones que en el régimen público, es decir, que su valor pensional no sería desmejorado.

Seguidamente, refirió que se le informó que podría pensionarse a una edad inferior que en la del régimen público, pero sin comunicársele que dichas situaciones desmejorarían el valor de su mesada pensional, que perdería el beneficio del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda indicando no encontrarse de acuerdo en lo que respecta al traslado efectuado por la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., como quiera que obra dentro del presente asunto medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el asesor del fondo privado de entonces suministró la totalidad de la información de manera clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado de régimen pensional.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. por su parte precisó que la afiliación de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, toda vez que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones del traslado y las características generales del régimen privado, así como que el formulario de afiliación que suscribió cumplía con las exigencias legales de la época.

Impetró las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la de buena fe.

En proveído fechado el 5 de noviembre de 2020 el Juzgado *a-quo* dispuso la vinculación de manera oficiosa de PROTECCIÓN S.A., bajo el entendido que la demandante efectuó el cambio de traslado de régimen inicialmente ante dicha AFP (Fls. 184 a 185).

Por tal razón, PROTECCIÓN S.A. luego de notificada, contestó la demanda manifestando que para el asunto de marras nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en la medida que el formulario de afiliación suscrito por la actora ante sus dependencias fue realizado de manera libre y voluntaria, siendo así solemnizado.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica y traslado de la totalidad de los aportes con destino a PORVENIR S.A.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de enero de 2003, resolvió:

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora LUZ FABIOLA CARDENAS HERNANDEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.722.190 de Bogotá D.C., del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a partir del 1° de agosto de 1996, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar válidamente vinculada a la demandante señora LUZ FABIOLA CARDENAS HERNANDEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de noviembre de 1999 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es, a partir del 1° de agosto de 1996 al 31 de octubre de 1999, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de las administradoras y debidamente indexados.

QUINTO: Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000) para cada una de las administradoras y a favor de la demandante.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOVENO: Conceder el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia como fundamento de su decisión adujo que, si bien se pretende la nulidad de la afiliación, para lo cual sería del caso acudir a lo preceptuado en el artículo 1740 del C.C., lo cierto es que a la luz de la jurisprudencia se ha determinado que el caso de marras debe ser analizado bajo la égida de la ineficacia.

Seguidamente, expuso que, según criterio doctrinal emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP demostrar una asesoría a sus potenciales afiliados al momento del traslado de régimen pensional, situación que por demás guarda plena congruencia con lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P. Que, en tal sentido la demandante en ningún momento confesó en el interrogatorio de parte a ella practicado, el haber recibido la información por parte de PROTECCIÓN S.A. como tampoco por PORVENIR S.A., concluyendo entonces que nada se le advirtió acerca de los beneficios y desventajas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, adicional a que el formulario de afiliación no suple la asesoría por parte de las AFP sobre los pormenores que conllevaban el traslado de régimen pensional.

Por tal razón, resulta próspera la ineficacia del traslado, sumado a que la excepción de prescripción en asuntos de ineficacia no goza con vocación de prosperidad en tratándose de que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esa Alta Corporación también ha indiciado que dicho precedente no se puede aplicar de manera indiscriminada a todos los asuntos, en la medida que debe distinguirse cada caso en particular sobre el deber de información y, por ende, la ineficacia del traslado.

Que el traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad inicialmente ante la AFP PROTECCIÓN S.A. y posteriormente ante sus dependencias, fue llevado a cabo de manera libre y voluntaria como así lo demuestran los correspondientes formularios de afiliación, máxime si se tiene en cuenta que la actora en cualquier momento pudo validar el contenido que conllevaba el traslado de régimen pensional según los preceptos de la Ley 100 de 1993.

Que en lo que concierne a la devolución de los rendimientos financieros, al resultar ineficaz el traslado de la demandante, implicaría que los recursos sobre estos rubros deben corresponder a los que se hubiesen generado en la reserva del ISS y no los que se generaron en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues no tiene sentido que al no haber gozado de validez el traslado realizado en el régimen privado, resulte como consecuencia la devolución sobre dichos rubros, como tampoco resulte procedente la restitución por gastos de administración o por cualquier otro emolumento, ya que las sumas fueron debidamente invertidas en las formas previstas en la ley, de allí que en la actualidad no se encuentren en sus arcas las contingencias sino de la compañía aseguradora.

De otra, refirió que, en cuanto a la devolución de los emolumentos debidamente indexados, el operador de instancia incurre en un doble pago y por consiguiente genera una doble condena sobre el mismo concepto.

Finalmente, frente a las agencias en derecho expuso que en todo momento se ha venido actuando de manera diligente, más aún si lo que existió fue un traslado horizontal entre administradoras, por lo que no debe prosperar condena alguna por este tópico.

COLPENSIONES por su parte esbozó que debe condenársele a PORVENIR S.A. a que, en caso de demostrarse la indebida información que conllevó a la demandante a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a que sea esta AFP quien deba efectuar, conforme a las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el reconocimiento de la pensión de vejez, ello en atención del detrimento patrimonial que ha venido produciéndose con ocasión de las distintas prestaciones de vejez que se han venido reconocimiento por las ineficacias de traslado decretadas por decisiones judiciales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente

si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 28 de junio de 1996 y el 2 de agosto de 1999 por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (Fls. 7, 30 y 153 – PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL y fl. 22 – PDF 02 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la aquí demandante señora LUZ FABIOLA CÁRDENAS HERNÁNDEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1996 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó en todo momento fue que nunca existió algún tipo de asesoría por parte de la AFP, de lo que se puede colegir sin ninguna dubitación la carencia de información en lo que atañe a las características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado y el derecho de retracto.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al

tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PROTECCIÓN S.A., primera AFP donde la demandante estuvo vinculada en el régimen privado, no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración alegada por la encartada PORVENIR S.A. y donde se encuentra vinculada la demandante en la actualidad, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

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

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

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

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

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

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

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

Al unísono se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse, tópico que a su vez conlleva a que no resulte de asidero lo expuesto por COLPENSIONES en el recurso de alzada para que sea PORVENIR S.A. quien deba asumir una posible prestación dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en la medida que al regresar las contingencias hasta aquí referenciadas debidamente indexadas, es por lo que a juicio de la Sala quedan cubiertos los posibles riesgos que sufra la mentada COLPENSIONES en caso de que deba costear una prestación.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandada PORVENIR S.A. de condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del

C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a devolver las contingencias que reposan en la cuenta individual de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debidamente indexados; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, aspectos todos por los que la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad, situaciones todas que conllevan a que la decisión de primera instancia sea confirmada en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TECERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 32 2021 00025 01
Demandante: BRAYANT ORLANDO BASTIDAS ARTEAGA
Demandado: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA
 GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor BRAYANT ORLANDO BASTIDAS ARTEAGA formuló demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a fin que se declare que el señor GUIDO ORLANDO BASTIDAS RENGIFO (q.e.p.d), falleció el pasado 30 de noviembre de 2018 como consecuencia de un accidente de tránsito, y en consecuencia le solucione, en calidad de beneficiario, el 100% de la indemnización por muerte y gastos funerarios en los términos establecidos por los artículos 2.6.1.4.2.13 y 2.6.1.4.2.11 del Decreto 0780 de 2016; más los intereses de mora y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que el señor GUIDO ORLANDO BASTIDAS RENGIFO, falleció el 30 de noviembre de 2018 a causa de un accidente de tránsito acaecido el día 28 de noviembre de 2018 en el Municipio de Orito, cuando transitaba en calidad de conductor de un vehículo automotor tipo motocicleta de placas XDU70A, la cual no contaba con póliza SOAT vigente; de otra parte que al deceso del causante, le sobrevivió su único hijo BRAYANT ORLANDO BASTIDAS ARTEAGA, sin que exista persona alguna con igual o mayor derecho para reclamar la indemnización por muerte y gastos funerarios de que trata el Decreto 0780 de 2016.

Que se presentó reclamación administrativa ante la Subcuenta ECAT del FOSYGA, a la cual le fue asignado el radicado No 51017853, y mediante oficio ADRES-UT-RECL-00582-2019, del 29 de agosto de 2019, fue notificado el resultado de auditoría integral de la reclamación, indicando que la misma había resultado “*No Aprobada*”, lo cual no se ajusta a derecho por cuanto no tiene ningún fundamento legal la glosa impuesta a la reclamación administrativa, pues el Registro Civil de Defunción es legible y la nota “*no valido para identificación*” no desvirtúa su validez, así como que no es de recibo que el fallecimiento de la víctima del accidente de tránsito no fue causa directa de este, y finalmente, no es dable afirmar que el vehículo se encontraba amparado por la póliza SOAT.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante auto del 11 de marzo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 10 de noviembre de 2022, declaró probada de oficio la excepción de inexistencia del derecho reclamado, y en consecuencia absolvió a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión señaló que el artículo 167 de la Ley 100 de 1993 consagra que, en los casos de accidentes de tránsito, el cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos y demás prestaciones continuará a cargo de las aseguradoras autorizadas para administrar los recursos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito con las modificaciones de esta Ley, y los demás riesgos previstos serán atendidos con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía; de igual manera que el Decreto 780 de 2016, en su artículo 2.6.1.4.2.11 regula la indemnización por muerte y gastos funerarios, ante decesos acaecidos dentro del año siguiente al accidente de tránsito; de igual manera dicha normativa determina los beneficiarios y los montos, la cual debe ser solucionada por la sociedad aseguradora o por la subcuenta ECAT, cuando el vehículo no sea identificado o no cuente con cobertura en el aseguramiento SOAT.

Estimó que en el *sub-lite* se allegaron glosas para negar la prestación deprecada, frente a lo cual estimó que el Registro Civil aportado, contenía la nota de “*no válido para identificación*”, la cual no se advierte como arbitraria; de otra parte, que una vez verificada la historia clínica del 28 de noviembre de 2018 así como la atención en el Hospital Departamental de Nariño E.S.E., se evidencia la existencia del accidente, no obstante, en cuanto a las lesiones se hace referencia a una fractura y herida abierta en la pierna, sin que en ninguno de aquellos documentos se establezca que hayan conducido al deceso y, por el contrario, se advierte que fue dado de alta con manejo de analgésicos.

Finalmente, que LA PREVISORA SEGUROS S.A., tuvo afectación a la póliza de otro vehículo, lo cual guarda relación en tanto el accidente ocurrió entre dos vehículos, y

si bien la motocicleta conducida por el causante no se encontraba amparada con el SOAT, ello no implica que el otro vehículo no lo estuviere.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que por activa no se formuló recurso alguno, es procedente desatar el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y auxilio funerario.

c. Indemnización por muerte y auxilio funerario:

Previo al estudio de las pretensiones, se debe señalar que la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social, es competente para dirimir las controversias surgidas con ocasión de prestaciones reclamadas a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, ello en tanto, el presente proceso no se trata de recobro de facturas por servicios prestados en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud por

entidades prestadores. Aunado a que la Corte Constitucional en proveído A-817 del 22 de junio de 2022, señaló:

“Regla de decisión: Corresponde a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social, conocer de las demandas: (i) presentadas por quienes alegan su condición de beneficiarios de la víctima, que falleció como consecuencia de un accidente de tránsito presuntamente ocasionado por un vehículo sin póliza de SOAT; y, (ii) que pretenden reclamar ante la Subcuenta ECAT del FOSYGA (actualmente a cargo de la ADRES) la indemnización por muerte y gastos funerarios. Lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.4 del CPTSS, 12 de la Ley 270 de 1996 y 15 del CGP”.

Una vez determinado lo anterior, es menester acotar que, frente a las prestaciones reclamadas por activa, esto es, la indemnización por muerte y gastos funerarios, el Decreto 780 de 2016, consagra:

*“Artículo 2.6.1.4.2.11 Indemnización por muerte y gastos funerarios. Es el valor a reconocer a los beneficiarios de la víctima **que haya fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito**, de un evento terrorista, de un evento catastrófico de origen natural u otro evento aprobado.*

“Parágrafo. En el caso de los accidentes de tránsito, para proceder al reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios a los beneficiarios, la muerte de la víctima debió haber ocurrido dentro del año siguiente a la fecha de la ocurrencia del accidente en comento.

“[...]

Artículo 2.6.1.4.2.13 Valor a pagar y responsable del pago. Se reconocerá y pagará una sola indemnización por muerte y gastos funerarios por víctima, en cuantía equivalente a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv) al momento de la ocurrencia del accidente de tránsito, del evento terrorista del evento catastrófico de origen natural o del aprobado por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga.

“La indemnización por muerte y gastos funerarios será cubierta por:

*a) **La compañía de seguros cuando se trate de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado esté amparado por una póliza de SOAT;***

*b) **La Subcuenta ECAT del Fosyga cuando se trate de un accidente de tránsito ocasionado por un vehículo no identificado, un vehículo sin***

póliza de SOAT, un evento catastrófico de origen natural, un evento terrorista u otro evento aprobado por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga.

Ahora bien, el accionante considera tener al reconocimiento y pago de la prestación, en tanto el causante GUIDO ORLANDO BASTIDAS RENGIFO (q.e.p.d), falleció el 30 de noviembre de 2018 como consecuencia de un accidente de tránsito, ello cuando se movilizaba en un vehículo tipo motocicleta que no ostentaba la póliza de cubrimiento SOAT.

Así las cosas, resultaba menester demostrar por activa el supuesto fáctico del cual deviene la aplicación de la normativa antes expuesta, mismo que, según las glosas impuestas por la ADRES no se cumple en tanto las prestaciones asistenciales fueron asumidas por la aseguradora LA PREVISORA SEGUROS S.A., y por cuanto no se acreditó nexo causal entre el accidente de tránsito y el deceso, aunado a ello que, en materia de forma, se aportó un documento no válido para identificación. En efecto, las glosas se especificaron así:

Descripción/anotación
359.5 El registro civil de defunción de la víctima se encuentra ilegible, se evidencia un sello de "no es válido para identificación" por lo que debe aportar documento válido para identificación.
333.1 En el resumen clínico de atención aportada no se evidencia el nexo causal entre el accidente de tránsito y el fallecimiento toda vez que le dan de alta en condiciones estables, al paciente Guido Orlando bastidas Rengifo.
571.1 Al efectuar cruces con la base de datos suministrada por la adres, se evidencia que respecto de la víctima GUIDO ORLANDO BASTIDAS RENGIFO y por el mismo accidente de tránsito ocurrido el 28 de noviembre de 2018, se tramitó reclamación por la misma víctima con la póliza 13244138249436 expedida por La Previsora, y realizada la verificación en la base de datos de pólizas y siniestros se identifica que el número de



PLACA (XDU70A) del vehículo relacionado en la reclamación no concuerda con lo registrado en las bases de datos de póliza, por lo que la indemnización pretendida no puede ser cubierta con recursos de la ADRES.

365.1 Inconsistencia técnica que se reportará a la autoridad competente porque alguno a algunos de los soportes no es auténticos y/o veraces. (El formulario Furpen presenta inconsistencias en los campos II, campo V y campo VI teléfono).

Si objeta, indicar en forma concreta los motivos de la objeción y en qué documento se soporta la misma, y en caso de adjuntar nuevo documento, este debe ser relacionado con el motivo de la objeción, y si es para subsanar las glosas impuestas adjuntar los soportes correspondientes y precisar a qué glosa corresponde, junto con el FURPEN completamente diligenciado y en debida forma.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que, de la revisión del acervo probatorio aportado al plenario, se tiene que se aportó la Historia Clínica del HOSPITAL ORITO, en la cual se establece como diagnóstico *“Paciente con accidente de tránsito con pelvis inestable izquierda, sospecha fractura de fémur, avulsión parcial corregida de basto medial de pierna derecha TCE leve”* (Fl. 33 PDF demanda).

De igual manera, de la misma historia clínica se advierte que la atención se prestó con cargo a la aseguradora LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Así mismo, se allegó la Historia Clínica del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E. del 28 de noviembre de 2018 (Fls. 42 a 47 PDF Demanda), en la cual se refiere como diagnóstico *“fractura del cuello de fémur (fractura de cadera, tercio proximal de fémur”*, anotándose además el 29 de noviembre de 2018 *“buen estado general hemodinámicamente estable, presenta dolor a la palpación en iliaco izquierdo y en tercio proximal de pierna derecha”*, *“RX: fractura de iliaco izquierdo si desplazamiento, fractura tercio proximal de peroné sin*

desplazamiento”, “Para tratamiento ortopédico, se recomienda reposo relativo se formula analgesia. Salida. Puede continuar manejo en su sitio de origen”.

Finalmente, se tiene que se aportó copia de la noticia criminal por la presunta comisión de la conducta punible de homicidio culposo (Fl. 52), la cual no permite establecer el nexo causal, al solo dar cuenta de la denuncia y de la etapa de indagación en que se encuentra.

Así las cosas, se tiene que, en efecto por activa no se acreditó de manera fehaciente que el deceso acaeció como consecuencia del accidente de tránsito, carga probatoria que le correspondía asumir a la parte demandante, siendo este un requisito *sine qua non* a efectos de acceder a la prestación.

De igual manera, tal como se expuso en anterioridad, en la historia clínica reposa que el servicio de salud se cubrió por una entidad aseguradora, y que en el accidente de tránsito también estuvo involucrado otro vehículo automotor, sin que por activa se haya demostrado que en efecto aquel no tuviera cubierto el riesgo con el SOAT, hecho este que imposibilitaba el reconocimiento, en tanto, se reitera, el artículo 2.6.1.4.2.13 del Decreto 780 de 2016, regula que la indemnización por muerte y gastos funerarios será cubierta por “a) La compañía de seguros cuando se trate de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado esté amparado por una póliza de SOAT”, mientras que la subcuenta ECAT solo lo hará cuando se trate de un accidente de tránsito ocasionado por un vehículo no identificado o un vehículo sin póliza de SOAT.

Lo anterior se corrobora, en tanto la Subgerente de Indemnizaciones SOAT, Vida y AP de LA PREVISORA S.A., certificó:

“Sin embargo, al realizar búsqueda por el nombre de la víctima se encuentra el señor GUIDO ORLANDO BASTIDAS RENGIFO, quien sufre accidente de tránsito el día 28 de noviembre de 2018, con cargo al vehículo de placa RCP17E, póliza No. 4130618, con número de siniestro 85649-18-13-08, con afectación del amparo de gastos médicos por valor de \$7,543,899.00, los cuales fueron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reconocidos en su oportunidad a las IPS que prestaron sus servicios con ocasión del accidente.

Así las cosas, le asistió razón al *a-quo* a, denegar las pretensiones de la demanda. Como corolario lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmará en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 32 2021 00220 01
Demandante: LUIS GUILLERMO OSPINA GARDEAZABAL
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA JOHANNA BUITRAGO RUGE, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.025.170 y T.P. 226.864 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 30 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor LUIS GUILLERMO OSPINA GARDEAZABAL promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad absoluta de la afiliación del traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., de allí que se declare la permanencia en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad por intermedio de COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a remitir con destino a COLPENSIONES todos los valores que reposen en su cuenta de ahorro individual, así como que se le ordene a COLPENSIONES y tenerlo como válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que inició cotizaciones al sistema general de pensiones por intermedio del ISS a partir del 31 de julio de 1982.

Que a finales del mes de octubre de 2003, asesores de la AFP PORVENIR S.A. lo abordaron con la finalidad que cambiara de régimen pensional, indicándole que el ISS se acabaría y, por ende, le sería más rentable mantener sus aportes en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se haya efectuado un estudio pormenorizado acerca de las ventajas y desventajas que conllevaría su traslado, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que la afiliación del demandante ante sus dependencias se llevó a cabo de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus condiciones pensionales tal como se aprecia del respectivo formulario de afiliación, documento que se presume auténtico al tenor de lo estatuido en el artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.

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

COLPENSIONES manifestó el oponerse a las pretensiones formuladas por el demandante, como quiera que el traslado efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, por lo que deberá probarse dentro del presente proceso la nulidad del mismo ante la presunta falta al deber de información.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, improcedencia de la declaración de la nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de cusa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

El Juzgado mediante proveído fechado el 19 de noviembre de 2021, vinculó al trámite procesal a COLFONDOS S.A., con ocasión de la excepción previa de falta de integración de litis consorte necesario que formulara.

Por tal razón COFONDOS S.A. contestó la demanda arguyendo que la asesoría brindada al demandante en todo momento obedeció a ser integral y completa, sobre el régimen general de pensiones, quien luego de haber recibido lo correspondiente suscribió el formulario de afiliación de forma libre, espontánea, informada y sin presiones como así quedó consignado en el documento.

Impetró las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante **LUIS GUILLERMO OSPINA GARDEAZABAL** a través de **COLFONDOS S.A.**, de fecha 25 de agosto de 1994, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada **COLFONDOS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- **CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos.

QUINTO.- **ORDENAR** a la demandada **COLPENSIONES** a recibir al demandante **LUIS GUILLERMO OSPINA GARDEAZABAL** como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- **CONDENAR** en costas a la demandada **COLFONDOS S.A.** y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SÉPTIMO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada **COLPENSIONES** remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección libre y voluntaria de régimen pensional, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la norma en cita. Además, expuso que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de no poder trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, igualmente destacó que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios.

Seguidamente, indico que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respecto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba; de la misma forma sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, además señaló que la actuación viciada del traslado no se convalida con los diversos traslados que se efectúen dentro de este último régimen, máxime cuando no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo a causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación y la declaratoria de la ineficacia conlleva a que las cosas deben volver a su estado inicial.

Señaló que el trámite procesal se acreditó que el demandante nació el 15 de enero de 1956, por lo que cuenta con 67 años y efectuó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 1º de julio de 1980 al mes de julio de 1982. Preciso que la demanda se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 25 de agosto de 1994, reportando traslado a la AFP PORVENIR S.A. el 21 de marzo de 1997, luego a la AFP HORIZONTE el 1º de marzo de 2000, nuevamente a la AFP PORVENIR S.A. el 23 de julio de 2001 y a la AFP el 29 de septiembre de 2003, para

finalmente efectuarse un último traslado a PORVENIR S.A. a partir del 1º de enero de 2014 a razón de una cesión por fusión.

Al referirse al interrogatorio de parte que depuso el promotor estimó que no confesó el haberle brindado información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro.

En esa medida, declaró la ineficacia del traslado inicial efectuado por el demandante y los traslados posteriores; a su vez ordenó a COLPENSIONES afiliar al actor en esa administradora y a la demandada PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima debidamente indexados, en cuanto a COLFONDOS S.A. SKANDIA S.A. ordenó retornar los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima indexados a COLPENSIONES, recursos que deben ser asumidos con cargo al patrimonio de los fondos privados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. solicitó la revocatoria en su integridad, bajo el entendido que el demandante realizó sus vinculaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el año 1994 atendiendo la voluntad y la ratificación de esta decisión ante el ejercicio de la libre escogencia del régimen pensional, como así se constata de los formularios de afiliación.

Que para la época de la afiliación del demandante no se exigía más que la suscripción del formulario de afiliación, siendo este último plena prueba para que no goce de prosperidad la ineficacia del traslado determinada por el Juez *a-quo*, más aún que no puede perderse de vista el hecho de que el demandante es abogado y Juez de la República, por lo que, para el asunto de marras no puede desecharse el conocimiento normativo que debía tener con ocasión de su profesión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

También argumentó tener objeción frente a la condena por gastos de administración, como quiera que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 es claro en indicar que los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos, por lo que no hay lugar a que se generen unas devoluciones sobre dicho rubro, o comisiones y seguros previsionales debidamente indexados, toda vez que los gastos de administración se causan a partir de que se empiezan a administrar los aportes realizados por el demandante, de allí que se hubiesen adelantado las acciones correspondientes, conllevando a que el actor obtuviera rendimientos en más de \$385.000.000, lo que ha favorecido su capital, tan es así que éste no ha instaurado queja o inconformidad alguna.

Que los gastos de administración son de tracto sucesivo, por lo que estos valores no pueden predicarse como una financiación de la mesada pensional, siendo entonces posible aplicarles la prescripción. Frente a los seguros previsionales, arguyó que, adelantando la debida administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, cobijó las obligaciones que tenía con las respectivas cotizaciones para salvaguardar cualquier contingencia de sobrevivencia o muerte del afiliado, brindando así por parte de los terceros de buena fe una cobertura para dichas contingencias, situación que conduce a que el hecho ya se encuentre consumado.

Finalmente, en lo que atañe a la indexación, adujo que los valores en la actualidad se encuentran debidamente indexados.

COLFONDOS en igual sentido solicitó la revocatoria de la sentencia primigenia, exponiendo que el traslado del demandante se dio de manera libre y voluntaria al tenor del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como que al momento de la afiliación se dio cumplimiento a los deberes legales, ya que para dicha data no existía para los fondos privados la obligación de recolectar la información sobre la asesoría otorgada, máxime si el actor adujo no recordar las afiliaciones llevadas a cabo en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con anterioridad al año 2003.

COLPENSIONES refirió que debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que el presente asunto tiene que estar

atado al principio de sostenibilidad financiera y a las disposiciones legales que buscan la protección del mismo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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



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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso si bien no se aportó el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A., lo cierto es que tal acto sí se llevó a cabo el 25 de agosto de 1994 como da cuenta el registro del SIAFP emitido por ASOFONDOS (Fl. 15 – PDF 14 CONTESTACIÓN COLFONDOS S.A.), adicional a que, con posterioridad llevó reiterados traslados en orden horizontal por intermedio de PORVENIR S.A. el 4 de marzo de 1997, a la AFP HORIZONTE el 1º de marzo de 2000, a PORVENIR S.A. el 23 de julio de 2001, nuevamente retornándose a HORIZONTE el 29 de septiembre de 2003 y en últimas, retornando a PORVENIR S.A. a razón de una fusión, como así dan cuenta los correspondientes formularios de afiliación (Fls. 98 a 101 – PDF 05 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.).

En tal sentido, si bien refieren dichos formularios que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, el aquí demandante señor LUIS GUILLERMO OSPINA GARDEAZABAL en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que los asesores de entonces le indicaron que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado y el derecho de retracto.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de la referida COLFONDOS S.A., a través de la cual se efectivizó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Aunado a lo anterior, precisa la Sala que, si bien el demandante es abogado y Juez Promiscuo Municipal, tal aspecto no es óbice para sustraerse COLFONDOS S.A. de la debida asesoría al momento del traslado.

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



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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración que alega PORVENIR S.A. en el recurso de alzada, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera frente a COLPENSIONES como así lo alegó esta última en el recurso de alzada, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como
agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 34 2017 00449 01
Demandante: WILSON LIS LOZANO
Demandado: DISCOVERY ENERGY SERVICICES COLOMBIA S.A. EN
REORGANIZACIÓN y solidariamente ECOPETROL S.A.

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, en contra de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor WILSON LIS LOZANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN y solidariamente frente a ECOPETROL S.A. Lo anterior, a fin de declararse la existencia de un contrato de trabajo con DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 7 de noviembre de 2015, así como que se declare que el salario



devengado debe ser reliquidado por cuanto no se incluyeron la totalidad de factores salariales dentro del otrosí pactado.

Se declare que el contrato de trabajo finalizó por parte de la empleadora de manera unilateral y sin justa causa, sin que se adujera ninguna causal de finiquito.

Asimismo, se declare que el contrato celebrado entre ECOPETROL S.A. y DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN se mantuvo vigente sobre el mismo periodo de tiempo que el contrato de trabajo que ésta última suscribió con él, de allí que ECOPETROL S.A. es solidariamente responsable de las obligaciones laborales adquiridas por DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN al ser beneficiaria de la obra.

Por consiguiente, se condene a DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN y solidariamente a ECOPETROL S.A., pagar la indemnización por despido sin justa causa equivalente al tiempo que faltare para cumplir el lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada en los términos del artículo 64 del C.S.T., la reliquidación de todos y cada uno de los salarios devengados, reliquidación de cesantías, reliquidación de intereses a las cesantías, reliquidación de primas de servicios y reliquidación de vacaciones.

Igualmente, se condene al pago de la indemnización moratoria según lo dispuesto en el artículo 65 del C.S.T., a razón de la falta de pago total de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, indexación, reliquidación de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

En forma subsidiaria, pretende la declaratoria de un contrato de trabajo con la encartada DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN sobre el periodo que se acredite en el plenario, si el mismo resulta diferente al solicitado como pretensión principal.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que laboró para la sociedad DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 7 de noviembre de 2015, desempeñando el cargo de Mecánico 1 D6 a través de un contrato de obra o labor determinada, percibiendo una remuneración salarial mensual de \$5.500.000. Que la sociedad DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN era contratista de ECOPETROL S.A. para la perforación de pozos petroleros.

Seguidamente, relató que DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN no realizó el pago de salarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2015, así como que el 7 de noviembre de 2015 radicó la carta de terminación del contrato de trabajo con ocasión al incumplimiento del mismo, igual calenda en que la encartada efectuó la liquidación del vínculo contractual finalizado sin justa causa por valor de \$25.527.688, monto que se encuentra pendiente por cancelar.

Que el 24 de noviembre de 2015 presentó ante la Superintendencia de Sociedades solicitud de proceso de reorganización de la sociedad DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN en los términos de la Ley 1116 de 2006, por lo que, mediante auto No. 400-015845 se decretó el nombramiento como promotor del trámite a la señora ALEXANDRA SALAZAR SALAZAR, procedimiento que la demandada llevó a cabo sin realizar una comunicación formal a sus trabajadores.

Por último, sostuvo que el 7 de abril de 2016 elevó objeción ante la Superintendencia de Sociedades, en contra del proyecto de graduación y calificación de acreencias.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



La demandada DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN a pesar de haberse notificado de manera personal, contestó la demanda de manera extemporánea, por lo que se tuvo por no contestada en auto de fecha 3 de diciembre de 2018 (PDF 20 – AUTO QUE TIENE POR NO CONTESTADA LA DEMANDA).

ECOPETROL S.A. por su parte contestó la demanda manifestando desconocer la relación laboral perseguida por el demandante respecto de DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN. Asimismo, argumentó que las obligaciones contractuales que hubiese podido adquirir con DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN en desarrollo de actos propios de su autonomía técnica y administrativa con sus terceros proveedores, subcontratistas o trabajadores, son ajenas a sus dependencias.

Por otra parte, indicó que, por su naturaleza de participación estatal, requisito *sine qua non* resulta la reclamación administrativa al tenor de lo estatuido en el artículo 6º del C.P.T. y de la S.S.

Formuló como medio exceptivo previo el de falta de competencia por no representación de reclamación administrativa ante ECOPETROL S.A., y como de fondo los denominados falta de causa, inexistencia de la obligación, prescripción y genérica.

A su vez ECOPETROL S.A. llamó en garantía a la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., bajo el entendido que con DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN se suscribió el contrato No. 5218323, vigencia contractual que perduró por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, estipulándose en sus clausulados garantías de seguros con la finalidad de cubrirse una Garantía Única de Cumplimiento otorgada a favor de ECOPETROL S.A. para contingencias de pago de todas las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, pago de salarios,



prestaciones sociales e indemnizaciones de carácter laboral al personal vinculado para la ejecución del contrato, de allí que se suscribiera con SEGUROS DEL ESTADO S.A. la póliza No. 15-44-101135398.

Por tal razón SEGUROS DEL ESTADO S.A. contestó el llamamiento en garantía donde aceptó la póliza No. 15-44-101-135398 que suscribiera con DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, sumado a que dicha póliza tan solo se puede ver afectada cuando la asegurada ECOPETROL S.A. se declare solidariamente responsable en el asunto demarras, tópico que no se presenta ante la carencia probatoria acreditada por el aquí demandante.

En lo que respecta a la contestación de demanda propuso como excepción previa la de falta de competencia por no agotar la reclamación administrativa ante ECOPETROL S.A., y como de fondo ausencia de responsabilidad de la empresa ECOPETROL S.A. por cuanto no se encuentra probada la solidaridad con la empresa DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN y las funciones desarrolladas por el demandante, buena fe de ECOPETROL S.A. e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe y la de prescripción. Frente al llamamiento en garantía impetró las excepciones de requisitos para hacer exigible la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal No. 15-44-101135398, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del C.S.T. y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, compensación, límite de la responsabilidad y la genérica.

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá luego de asumir la competencia del presente asunto proveniente del Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en la etapa de decisión de excepciones previas dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. llevada a cabo el 23 de agosto de 2022, declaró probada la de falta de jurisdicción y competencia ante la falta de reclamación administrativa para con ECOPETROL,



excepción que interpusieran ECOPETROL S.A. y la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Ello, bajo el entendido que de conformidad con lo establecido en el artículo 6º del C.P.T. y de la S.S., la reclamación administrativa en tratándose de acciones dirigidas contra entidades de la administración pública se constituye como un factor de competencia como así lo ha decidido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que por tal razón, la naturaleza jurídica de la demandada ECOPETROL S.A. se encuentra establecida en la Ley 1118 de 2006, organizada como una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional y vinculada al Ministerio de Minas y Energía, por lo que la encartada resulta ser una sociedad del Estado, de ahí que como requisito de procedibilidad resulte necesario agotar la correspondiente reclamación administrativa, situación que no se llevó a cabo por parte del demandante, lo que conllevó a que finalizara el proceso respecto de ECOPETROL S.A., misma suerte que corre la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., al igual que dispuso continuar el trámite únicamente con la sociedad DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN en su calidad de demandada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de agosto de 2022 declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante señor WILSON LIS LOZANO y DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 7 de noviembre de 2015, devengando como último salario la suma de \$5.000.000, y que fuese terminado sin justa causa por la encartada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, condenó a DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$4.277.777 por concepto de auxilio de cesantías de todo el tiempo laborado, \$439.185 a razón de intereses a las cesantías, \$4.277.777 por primas de servicios, \$2.138.888 por compensación en dinero de las vacaciones, \$21.185.185 por indemnización por despido sin justa causa, así como al pago de la indemnización moratoria en cuantía de \$166.666 diarios a partir del 8 de noviembre de 2015 y hasta cuando se realice la cancelación efectiva de las condenas a favor del accionante por concepto de prestaciones sociales, hasta por 24 meses y, a partir del mes 25 al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta cuando el pago se verifique.

Absolvió a DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN de las demás pretensiones formuladas en su contra, declaró no probadas las excepciones formuladas y condenó en costas a la referida sociedad en la suma de \$3.500.000.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó en primer lugar que en lo que refiere a la existencia del contrato de trabajo entre el demandante señor WILSON LIS LOZANO y la demandada DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, no efectuaría consideración alguna como quiera que dicho aspecto se aceptó por la demandada, vínculo contractual que tuvo lugar por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 7 de noviembre de 2015.

En igual sentido, refirió que, en los interrogatorios de parte rendidos tanto por el demandante como por la demandada, ambos reiteraron que el contrato de trabajo que los unió fue a término indefinido, percibiendo el actor como última asignación salarial mensual la suma de \$5.000.000, máxime si se tiene en cuenta que con el escrito demandatorio no se logró demostrar ninguna suma adicional de carácter salarial.



Seguidamente, el *a-quo* indicó que, en lo concerniente a la reliquidación de prestaciones sociales desde el año 2010 hasta el 2014, no goza con vocación de prosperidad esta súplica, en la medida que el demandante dentro del interrogatorio de parte confesó que la encartada canceló lo que gravita en torno a cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones hasta la anualidad 2014, así como los aportes al sistema general de seguridad social.

Sin embargo, frente al periodo correspondiente al año 2015, no se aprecia el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y compensación en dinero de las vacaciones, máxime si la Representante Legal de DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN confesó en el interrogatorio de parte que dichas sumas no le fueron canceladas al demandante, de ahí que fulminara condena sobre los referidos rubros laborales.

Que en cuanto a la posibilidad de efectuarse una reliquidación por los conceptos de seguridad social, adujo no ser procedente toda vez que dentro del plenario no se acreditó un salario superior a \$5.000.000, más aún si el actor confesó haberse cancelado este concepto hasta la finalización de la relación laboral.

En lo correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T., adujo que en atención del criterio emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de esta sanción existe una carga probatoria en cabeza de cada uno de los sujetos procesales, por lo que es al demandante a quien le atañe demostrar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador y, una vez demostrado este último, debe justificar su proceder.

Por ello, mencionó que la demandada afirmó que dio por terminado el contrato de trabajo que existía con el demandante a razón de circunstancias económicas, así como el proceso de reorganización al cual iba a ingresar, situaciones que no pueden constituirse como una justa causa para dar por terminado el contrato de



trabajo al tenor de lo estatuido en los artículos 62 y 63 del C.S.T., al igual que al haber sido el contrato de trabajo que ató a las partes uno a término indefinido, el mismo solo procedía como una culminación legal el mutuo acuerdo, o por alguna de las justas causas contempladas dentro del vínculo contractual, en el reglamento interno de trabajo o, en algún pacto o convención colectiva, tópico que no ocurrió.

Al unísono, también puntualizó que el compendio estatuido en el C.S.T. se encuentra encaminado a que el trabajador no deba verse afectado por las pérdidas ocasionadas en la empresa o empleador, lo que conllevó a fulminar condena por este aspecto.

Respecto de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., se dijo que su imposición no procede manera automática, circunstancia por la cual, concluyó que el hecho de que DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN hubiese entrado en proceso de reorganización empresarial, esa figura se llevó a cabo con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, actuar que no puede ser constitutivo de un eximente de responsabilidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN la apeló. Argumentó encontrarse en desacuerdo en lo que atañe a la condena por concepto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., ya que si bien el *a-quo* señaló que el contrato de trabajo finalizó el 7 de noviembre de 2015, el 24 de noviembre de esa misma anualidad como sociedad quedó cobijada con los efectos del proceso de reorganización al tenor de la Ley 1116 de 2006.

Que por tal razón, cualquier indemnización que se hubiese podido presentar por el no pago de las correspondientes prestaciones sociales deben contabilizarse hasta el 24 de noviembre de 2015 y no hasta la fecha del correspondiente pago



de su cancelación, teniendo en cuenta que los efectos de la Ley 1116 de 2006 se establecen para todas las compañías en procesos de reorganización que produce el cierre de cualquier indemnización.

De otro lado sostuvo que, por el hecho de hacerse parte del proceso de reorganización, ese actuar no hace responsable al trabajador por las pérdidas ocasionadas; por el contrario, lo que se busca es acceder a mecanismos de ayuda empresarial que permitan cancelar sus obligaciones, concluyendo entonces, que esta condena debe comprenderse para pago únicamente entre el 7 y 24 de noviembre de 2015, calenda última en que tuvo inicio el proceso de reorganización.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causales de nulidad que invaliden lo actuado, en atención a los planteamientos formulados por DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, la Sala deberá auscultar como único problema jurídico si le asiste derecho a la encartada a que la indemnización impuesta por el fallador de instancia al tenor de lo preceptuado en el artículo 65 del C.S.T. culmine desde el momento de apertura del proceso de reorganización de que fue objeto al tenor de lo estatuido en la Ley 1116 de 2006.

c. Del caso en concreto:



En el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la demandada DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, quien manifestó que el salario devengado por el demandante para el año 2015 ascendió a la suma de \$5.000.000, cancelándosele salarios de los meses septiembre, octubre y noviembre de esa anualidad, valores que le fueron pagados a través de transferencia bancaria el 30 de septiembre de 2015 por valor de \$3.197.395, el 29 de octubre de 2015 por valor de \$5.816.875, el 25 de noviembre de 2015 por valor de \$2.031.278 y el 4 de diciembre de 2015 por valor de \$2.031.278.

Que la liquidación de prestaciones sociales al demandante no ha sido cancelada, ello con ocasión a que la compañía se encuentra acogida a la Ley 1116 de 2006, precisando a su vez que el proceso de reorganización tuvo inicio el 24 de noviembre de 2015.

Adujo que los pagos efectuados al demandante se llevaron a cabo a través de la empresa OFC, ello en atención a que las cuentas bancarias de DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN se encuentran embargadas, de ahí que se suscribiera un convenio con la mentada compañía OFC, situación que le fue comunicada al demandante.

Indicó que a pesar de habersele realizado al demandante la liquidación de acreencias laborales la misma no fue pagada. Que el contrato interadministrativo que DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN suscribió con ECOPETROL S.A. finalizó antes que la compañía entrara en proceso de reorganización.

Que el contrato de trabajo del demandante fue suspendido de manera unilateral toda vez la compañía entró en proceso de reorganización ante la crisis financiera, lo cual fue notificado por escrito al actor.



El demandante señor WILSON LIS LOZANO expuso en el interrogatorio de parte rendido que DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN le realizó el pago a razón de salarios de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2015. Que no le fueron canceladas las cesantías y los intereses a las mismas de la anualidad 2015, como tampoco la prima de servicios de 2015 y la compensación en dinero de vacaciones del año 2015.

Que le fueron cancelados los aportes en pensión del año 2015, puntualizando que la relación laboral con DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN finalizó por cuanto no le fue cancelado su salario durante 3 meses, lo que conllevó a que él presentara la carta del finiquito en el mes de diciembre de 2015. Puntualizó que el contrato que suscribió con la encartada fue bajo la modalidad de término indefinido, sin que en la actualidad le haya sido cancelada su liquidación final de prestaciones sociales.

Que tiene conocimiento del proceso de reorganización de DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, ya que cuando renunció fue que la compañía se acobijó a la ley de insolvencia, haciéndose parte dentro del referido proceso de reorganización.

Puestas así las cosas, previo a abordar los planteamientos jurídicos precedidos, pone de presente la Sala que no fue objeto de reproche que entre el aquí demandante señor WILSON LIS LOZANO y la demandada DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2010 y el 7 de noviembre de 2015, aspecto laboral que como lo puntualizó el fallador de instancia, fue confesado por la Representante Legal de la encartada en el interrogatorio de parte rendido, y que por demás se demuestra de las probanzas concernientes a la copia de la liquidación de prestaciones sociales expedida por la encartada al demandante, desprendibles de nómina y la carta que comunicó el



actor a la pasiva el 7 de noviembre 2015 respecto del finiquito laboral (Fls. 1 a 3 – PDF 03 – DEMANDA).

Tampoco el hecho que la demandada DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. entró en proceso de reorganización a la luz de la Ley 1116 de 2006 el 24 de noviembre de 2015, según se aprecia del certificado de existencia y representación legal y el aviso judicial emitido por la Superintendencia de Sociedades el 30 de noviembre de 2015 (Fls. 7 a 14 – PDF 03 – DEMANDA y 28 a 29 – PDF 21 – ESCRITO DE SUBSANACIÓN ECOPETROL S.A.)

Así las cosas, importante resulta precisar por la Sala que como ya se hizo hincapié, la demandada DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN funda su apelación bajo el entendido que en ningún momento desconoció la condena impuesta a razón de la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T. ante la falta de pago oportuno de prestaciones sociales del demandante con ocasión de la falta de cancelación de la liquidación final de prestaciones sociales, sino que la inconformidad planteada es que dicha imposición tan solo debe producirse por el periodo comprendido entre el 7 y el 24 de noviembre de 2015, es decir, desde el día en que finalizó la relación laboral hasta la data en que se dio inicio al proceso de reorganización en los términos de que trata la Ley 1116 de 2006.

Al respecto, es preciso indicar que si bien no se discute por la apelante la indemnización moratoria ante la falta de pago de prestaciones sociales reglada en el artículo 65 del C.S.T., resulta de importancia resaltar que, como lo analizó el *a-quo* y, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular, sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL1595-2020, Radicación No.

70531 del 21 de abril de 2020, SL5040-2019, Radicación No. 70909 del 6 de diciembre de 2019, entre otras.

Ahora bien, en tratándose de situaciones relacionadas con el proceso de reorganización de una sociedad bajo la égida de la Ley 1116 de 2006, las sentencias referenciadas en precedencia siguen una línea doctrinal donde se sostiene que la crisis financiera o de insolvencia no es óbice para la absolución de la indemnización moratoria puesto que ese aspecto no puede atenderse como de buena fe, toda vez que el fracaso por parte del empleador resulta constituirse como un propio riesgo, así se resumió dentro de la sentencia SL3356-2022, Radicación No. 70531 del 16 de agosto de 2022 donde se sostuvo:

“Según el juzgador de la alzada, no era dable la aplicación del artículo 65 del CST, pues estaba demostrada la mala fe de la empleadora, en virtud del proceso de reestructuración en el que se encontraba inmersa, ya que su insolvencia o crisis financiera excusaba la cesación de pago de salarios y prestaciones sociales.

“Contrario a lo concluido por el Colegiado, lo que ha sostenido la Corte es que el recto entendimiento de la norma exige que sea preciso analizar la conducta asumida por el deudor al momento de la finalización del contrato de trabajo, en aras de verificar si existieron razones serias y atendibles que justificaran su omisión, y lo coloquen en el terreno de la buena fe.

“De antaño ha sido criterio constante en las decisiones de la Sala que, en principio, los casos de insolvencia o crisis económica del empleador no son constitutivos de buena fe en forma automática, como tampoco obedecen a una situación de caso fortuito o fuerza mayor que lo exoneren de la indemnización moratoria. Aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional, quien así lo alegue deberá demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio de la actividad productiva y, por ende, previsible (CSJ SL1595-2020).

“Corolario de lo anterior, es advertir que el juez de la apelación incurrió en un yerro ostensible, por no analizar la conducta de la empleadora al momento en que terminó el nexo contractual, sino que se fundó en hechos ocurridos posteriormente, como lo fue la apertura del proceso de reorganización el 10 de diciembre de 2016, esto es, más de un año después del finiquito del contrato de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“De lo expuesto en precedencia habrá de casarse la sentencia enjuiciada, únicamente en cuanto revocó la condena impuesta a título de indemnización moratoria. Lo demás se mantiene incólume. Dado el éxito del recurso, no hay lugar a costas”.

Sumado a lo anterior, en la sentencia SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, la Corte analizó un caso similar al que ocupa a la Sala atinente al proceso de reorganización, donde luego de finalizada la relación laboral del trabajador se inició la mentada reorganización, a lo cual se definió que aquella conducta no podía atenderse como justificable, pero estableciendo la condena hasta la iniciación al respecto señaló:

“Así cosas, de las precitadas documentales allegadas por la demandada, la Sala no encuentra buena fe que justifique el incumplimiento en el pago de las deudas laborales del demandante exigibles a la terminación del contrato. No se debe perder de vista que el examen de la buena fe del empleador de cara al incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones que pueden dar lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ha de hacerse atendiendo a las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato de trabajo, pues, según esta preceptiva, es el incumplimiento en dicho momento, el que da lugar a la mencionada condena.

“De lo expuesto en precedencia, la demandada no demostró la existencia de razones serias y atendibles que justificaran el incumplimiento de sus obligaciones patronales, pues aun con dificultades económicas contaba con ingresos suficientes para el pago de las mismas a la fecha de terminación del contrato de trabajo, sin que tuviera que esperarse que con posterioridad se sometiera al proceso de reorganización, de manera que su conducta no puede ser ubicada en el campo de la buena fe, con el ánimo de exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

“En este punto debe recordarse que la jurisprudencia de la Sala ha sido clara en sostener que el mencionado proceso de reactivación económica no legitima al empleador para omitir el pago de las acreencias laborales (CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012).

“Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014).” (Subrayado por la Sala).

Bajo este escenario, puede colegirse que al haberse presentado el proceso de reorganización por parte de DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. luego de finalizada la relación laboral con el señor WILSON LIS LOZANO, no existían razones atendibles que no generara la condena indemnizatoria; sin embargo, en razón de que la Superintendencia de Sociedades a través de auto No. 400-015845 del 24 de noviembre de 2015 admitió la intervención de la sociedad, resulta avante que esta condena se limite hasta esta última calenda.

Nótese entonces, que es menester modificar la decisión de primer grado sobre este aspecto, para en su lugar imponer condena por el periodo comprendido entre el 8 y el 24 noviembre de 2015 (*día siguiente a la finalización del contrato de trabajo y hasta el momento en que se admitió el proceso de reorganización*), es decir, 16 días entendidos cada uno en valor de \$166.666, con ocasión a que su exigencia se hace a razón de un día de salario por cada día de retardo, suma que equivalente a \$2.666.656, la cual deberá ser indexada al momento que se efectúe el pago correspondiente, ya que la merma indemnizatoria feneció el 24 de noviembre y, por ende, se hace necesario actualizar el poder adquisitivo de la moneda.

Así las cosas, se modificará parcialmente la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto el recurso de apelación gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el literal f) del numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de disponer que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. impuesta, ante el proceso de reorganización sucedido a DISCOVERY ENERGY SERVICES COLOMBIA S.A. en los términos de la Ley 1116 de 2006, debe limitarse por el periodo comprendido entre el 8 y el 24 de noviembre de 2015 en la suma de **\$2.666.656**, la cual deberá pagarse de manera indexada al momento en que se efectúe el correspondiente pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 36 2020 00235 01
Demandante: MARÍA XIMENA DE VALDENE BRO JARAMILLO
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y
 OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS
 S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado GUIOVANNI ALEXIS GREGO CARDONA, identificado con cédula de ciudadanía 1.053.826.799 y T.P. 302.837 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 23 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA XIMENA DE VALDENEBRO JARAMILLO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., en julio de 1994; por omisión en el deber de información. Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones y bonos pensionales, junto con sus rendimientos; se ordene a esta última entidad que reciba tales rubros, la afilie al régimen que administra y contabilice las semanas para efectos de pensión que cotizó en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Además, condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y a las costas y agencias en derecho.

De forma subsidiaria, solicita se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. en julio de 1994, al no existir un consentimiento libre, voluntario e informado, por parte de la actora al momento de la vinculación a ese fondo privado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES desde el 8 de septiembre de 1988 hasta el mes de junio de 1993, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. en julio de 1994, sin que el fondo privado le informara de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características, ventajas y desventajas de cada régimen de pensiones y la transcendencia que tendría su decisión de cambiarse de régimen, sin tener en cuenta su historia laboral, edad, tiempo laborando y cotizando, además, adujo que no se le informó sobre el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derecho de retracto y la forma de liquidar la pensión en ambos regímenes, entre otros aspectos.

Narró que solicitó el 6 de junio de 2020 a COLPENSIONES, la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, pedimento que fue denegado por esa encartada y que actualmente se encuentra vinculada y cotizando a pensiones en PORVENIR S.A. (Fls. 8 a 34 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en el *petitum*, arguyendo que la afiliación de la actora a COLFONDOS en julio de 1994, correspondió a una vinculación inicial de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por ende, no es dable argumentar que había elegido el régimen de prima media desde 1988, pues para esa calenda aún no existía la posibilidad de elección, además, la gestora venia inactiva desde junio de 1993 hasta julio de 1994, cuando libre y voluntariamente eligió el RAIS, por tanto, no hay lugar a declarar la ineficacia o nulidad de traslado, pues el objetivo de dichas declaraciones es regresar las cosas a su estado original y dado que la demandante nunca eligió el RPMPD, no hay lugar a regresar al mismo.

Formuló los medios exceptivos de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Archivos 06).

La demandada PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones formuladas en el escrito genitor, señalando que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora a través de COLFONDOS S.A. es válido, por



cuanto brindó la información pertinente y necesaria, siendo improcedente negar dicha afiliación y declarar la ineficacia del traslado; refiriendo que solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, los fondos adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general, por lo que el demandante no puede imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a su cargo, aunado a que ésta suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado con ese fondo, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente, sin que se aporte prueba que sirvan de sustento a las pretensiones de la demanda.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 10).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones. Al respecto, señaló que la solicitud de ineficacia o nulidad carece de fundamento fáctico y jurídico como quiera que brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de pensiones, además le informó sobre las características de dicho régimen, su funcionamiento, las diferencias ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y la rentabilidad en ese régimen. Igualmente, le informó sobre la opción de retracto, lo que en el formulario de afiliación.

Como excepciones indicó las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento cualquier presunta nulidad de la afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Archivo 12 y 15).

Mediante auto de 19 de mayo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., dado que no efectuó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pronunciamiento alguno, pese a haberse llevado a cabo la notificación conforme lo reglado en el Decreto 806 de 2020. (Archivo 18).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de enero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por MARÍA XIMENA DE VALDENE BRO JARAMILLO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1º de julio de 1994, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES y CESANTÍAS. trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES y CESANTÍAS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a OLD MUTUAL SKANDIA, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES Liquídense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

OCTAVO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* precisó que la actora se afilió al RAIS a través de COLFONDOS el 2 de junio de 1994, posteriormente se trasladó a SKANDIA S.A. el 4 de junio de 2007 y finalmente se afilió a PORVENIR S.A. el 1º de mayo de 2008.

A continuación, señaló que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, establece el deber de información. A su vez expuso que, de conformidad con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este acorde lo establecía la Ley 100 de 1993, entre otras y que constituyen doctrina probable.

Seguidamente, refirió que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus potenciales afiliados como son: (i) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (ii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iii) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia por el incumplimiento en el deber de información, (iv) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (v) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vi) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

nulidades sino desde la ineficacia, (vii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información.

En ese orden ideas, concluyó que, por pasiva en especial COLFONDOS S.A., no se demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que resulta procedente la declaratoria de ineficacia con la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, en la forma en que se indicó en la sentencia, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que la carga de la prueba no debe recaer solo en los fondos de pensiones demandados, dado que la actora contaba con la capacidad para comprender que era lo que estaba firmando, por lo que no puede ser considerada como la parte débil, además, agregó que ha actuado de buena fe y su negativa a recibir a la demandante radica en el cumplimiento del deber legal estatuido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

Resaltó que la declaratoria de la ineficacia del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, igualmente solicita la absolución por la condena en costas en tanto no adeuda suma alguna a la gestora y no ha actuado con negligencia pues ha actuado con apego a la ley, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

PORVENIR S.A. en su alzada señaló que la jurisprudencia en casos de ineficacia del traslado se aplica de manera diferencia y dependiendo de cada asunto, lo cual en el presente, ya que el traslado cumplió con las cargas impuestas a los fondos privados para el momento que se dio el mismo, lo que vulnera el principio de irretroactividad de la ley y de seguridad jurídica, más si se tiene en cuenta que la gestora se trasladó en diferentes fondos privados varias veces.

De otra parte, señaló frente a la devolución de rendimientos que no es coherente declarar la ineficacia en unos casos y en otros no, pues de declararse



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los rendimientos no se generaron, ya que de otra forma se estaría dando un enriquecimiento sin causa, luego, se debe devolver al fondo público lo que se hubiera generado por rendimientos de haber estado allí.

Sin embargo, de ordenarse la devolución de todos los rendimientos, se debe autorizar el descuento de las restituciones mutuas frente a los gastos de administración, agregando que existen normas que regula lo referente a los conceptos a devolver. Sobre las sumas por seguros previsionales dijo que ya no están en su poder, cumplieron su función y están en poder de terceros de buena fe. Respecto a la indexación de los gastos de administración y seguros previsionales, enfatizó que los rendimientos son superiores a lo que sería la indexación, por lo que no procede tal condena. Frente a la condena en costas dijo que de prosperar sus argumentos no procede tal condena, agregando que según la ley, no podía rechazar la afiliación de la actora a ese fondo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por



escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 2 de junio de 1994, como tampoco el formulario de afiliación por medio del cual se llevó a cabo la afiliación a SKANDIA S.A. el 6 de junio de 2007, sin embargo, si se aportó el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. el 14 de mayo de 2008; además del reporte SIAFP se puede colegir que tales vinculaciones se hicieron efectivas el 1º de julio de 1994, el 1º de agosto de 2007 y el 1º de julio de 2007, respectivamente. (Folios 27 y 65 archivo 10).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo anterior, se puede extraer sin dubitación, pese a que no se aportó el formulario del traslado inicial, lo cierto es, que si bien los formularios refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, ello, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

De otra parte, la demandante señora MARÍA XIMENA DE VALDENEBRO JARAMILLO en el interrogatorio de parte a ella practicado, sostuvo que inicialmente trabajaba en algunas universidades, y que no conocía que estaba cotizando, pero que cuando se conformó una sociedad la persona encargada le dijo que debía afiliarse y que fuera a COLFONDOS S.A., entonces se dirigió a la oficina de ese fondo y allí le dieron un formulario el cual diligenció, pero no le dieron ninguna indicación. Añadió que en el caso del traslado a SKANDIA S.A., se dio porque le vendieron un seguro y le hicieron el traslado sin ella saberlo, lo cual le molestó y que posteriormente, cuando ingresó a trabajar a otra entidad le recomendaron que se afiliara a PORVENIR S.A., pero nunca hubo un asesor como tal, empero, hace unos años ese fondo le dijo que no le alcanzaba para pensionarse, y que intentó trasladarse a COLPENSIONES, pero le indicaron que se había pasado el tiempo.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.



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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales PORVENIR manifiesta inconformidad, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, *a contrario sensu*, a lo sostenido por PORVENIR S.A. en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al que alude COLPENSIONES al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular, lo siguiente:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por las apelantes, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante y no se evidencia desventaja alguna frente al fondo privado.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presentan las impugnantes respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, contrario a lo referido por PORVENIR S.A. en su alzada, es evidente la procedencia de las condenas impuestas en primera instancia entre otros, por rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y la indexación ordenada por la Juez de instancia. Colorario de lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuesta en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una, las cuales deberán ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



la relación laboral tales como sueldo, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, quinquenio, primas de vacaciones, vacaciones compensadas en dinero, auxilio de alimentación, dominicales y festivos, horas extras diurnas y nocturnas, auxilio de transporte, vacaciones, bonificación por vacaciones, prima de servicios, prima anual, prima de antigüedad, primas semestrales, viáticos y prima de olor.

Asimismo, se declare que los factores salariales anteriormente mencionados están llamados a incrementar la mesada pensional en suma superior a \$300.000 mensuales, que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, con ocasión de las inconsistencias referidas, la mesada pensional que le fue otorgada en aplicación de la Ley 33 de 1985 cuyo valor inicial ascendió a la suma de \$358.000, es inferior a la que en justicia y derecho le corresponde.

Por consiguiente, se condene a la CAR a reliquidar su pensión de jubilación, la cual correspondería en una suma no inferior de \$658.000, por lo que una vez aplicados de manera correcta los valores expuestos, se ordene el pago de las sumas resultantes a su favor con retroactividad a la fecha en que se causó el derecho.

Que se declare que la CAR al momento de compartir la pensión con COLPENSIONES, tomó el monto de la mesada otorgada por fidelidad, entendiéndose esto como las semanas adicionales a las mínimas requeridas para obtener la prestación, con la finalidad de disminuir el mayor valor que le correspondía continuar pagando, por lo que COLPENSIONES omitió incluir en la determinación del ingreso base de liquidación devengos y acreencias efectivamente percibidas por el actor y debidamente reportadas por al asegurador.

También se declare que COLPENSIONES le otorgó como mesada por pensión de vejez un porcentaje inferior de su ingreso base de liquidación al que en derecho le corresponde, así como que tiene derecho a las mesadas adicionales de junio y diciembre de las respectivas anualidades, por lo que debe ordenársele a COLPENSIONES el restablecimiento de la mesada 14.

Se declare que COLPENSIONES omitió incluir como monto de la mesada pensional el porcentaje que por personas a cargo le correspondía; circunstancia por la cual, se le debe condenar al pago indexado de su primera mesada pensional, junto con la reliquidación prestacional teniendo en cuenta para el ingreso base de liquidación todos y cada uno de los devengos, prebendas y acreencias, causadas, canceladas o insolutas durante el último año o pluralidad de años según la situación que le resulte de mayor favorabilidad.

Que se condene a COLPENSIONES el pago del 14% y 7% adicional de su pensión con ocasión de personas a cargo, la inclusión del 25% correspondiente a la necesidad de ayuda de tercera persona, la cancelación del incremento resultante tanto a las mesadas ordinarias como a las adicionales.

En igual sentido, se le condene tanto a la CAR como a COLPENSIONES el pago retroactivo e indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente, pretende se condene a las encartadas al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y que la CAR le reconozca y pague la pensión de orden convencional.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas, refirió que se vinculó laboralmente como trabajador oficial con la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – CAR por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 1970 y el 5 de enero de 1993, por lo que desde el inicio de sus labores se afilió al sindicato de trabajadores, realizando los pagos correspondientes, de allí que en todo momento su vínculo laboral fuera regido a través de convención colectiva de trabajo, siendo así beneficiario de las prebendas extralegales.

De otra parte, expuso que mediante Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2005 la CAR le reconoció la pensión de jubilación. Que además de la asignación básica mensual, causó emolumentos tales como prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por vacaciones, vacaciones compensadas en dinero, bonificación por servicios prestados, sobresueldo por

laborar en el Río de Bogotá y otras fuentes hídricas de la jurisdicción de la demandada, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, dominicales y festivos y viáticos.

Que al momento de que le fue reconocida la pensión de jubilación, la CAR no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales para el pago de su prestación, sin que tampoco analizara que el derecho debía ser reconocido con el promedio devengado en el último año de servicios o pluralidad de años, según la situación que resultara más favorable.

Que COLPENSIONES al momento de reconocer la pensión, en especial lo que gira en torno al ingreso base de liquidación, omitió la inclusión de algunos factores salariales, lo que conlleva a que le fuese otorgada una mesada pensional inferior a la que le atañe, sin que tampoco le fuese reconocida la mesada 14 y lo correspondiente al reajuste pensional por personas a cargo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que al aquí demandante no le asiste derecho a la reliquidación pensional deprecada, máxime si se tiene en cuenta que en la actualidad goza de una pensión de jubilación que se ajusta a derecho.

De otro lado, refirió que la prestación reconocida por la CAR es de carácter convencional y, en lo que atañe a la liquidación de dicha prestación, en especial el IBL perseguido, al tenor de lo preceptuado en la Ley 100 de 1993 la liquidación del derecho versa a lo estatuido en el artículo 21 de dicha prerrogativa normativa.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y compensación.

La CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR contestó la demanda manifestando que el demandante ingresó a trabajar en calidad de trabajador oficial ante sus dependencias el 30 de agosto de 1983 y se retiró el 5 de enero de 1993, al igual que una vez cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación, solicitó dicha prestación, la cual fue reconocida mediante la Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2005 a partir del 16 de octubre de 2004, en cuantía inicial de \$358.000, la cual fue por demás de carácter compartido con CAJANAL en valor de \$210.563 y la CAR en valor de \$147.437.

Seguidamente, sostuvo que para calcular el IBL de la pensión de jubilación debía tenerse en cuenta lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; no obstante, el actor presentó una declaración extrajudicial donde afirmó que no había estado vinculado laboralmente en ninguna entidad privada o pública desde el 6 de enero de 1993, por lo que el IBL tuvo que liquidarse con el 75% del promedio salarial devengado durante el último año de servicios de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, aplicable según los preceptos del artículo 36 de la mentada Ley 100 de 1993.

Igualmente, refirió que tal como quedó consignado en la Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2005, el demandante debía tramitar la pensión de vejez ante el ISS y, una vez le fuese reconocida, la CAR únicamente debía asumir el pago de la diferencia resultante según lo estatuido en el artículo 60 del Decreto 3041 de 1996, de allí que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 89440 del 30 de marzo de 2016 le reconociera la prestación por vejez en cuantía de \$689.455 a partir del 1º de marzo de esa misma anualidad, razón por la que mediante Resolución No. 2199 del 25 de octubre de 2016 se decidió dar por culminado el reconocimiento pensional de jubilación en la medida que dicha pensión de jubilación es igual a la reconocida por vejez.

Formuló como medios exceptivos los denominados indebida integración del litisconsorte, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

El Juzgado *a-quo*, con ocasión de la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario que formulara la CAR, mediante proveído adiado el 14 de

febrero de 2022 y a razón de un control oficioso de legalidad, dispuso integrar a la UGPP en tal calidad para los fines pertinentes.

Fue por ello que la UGPP contestó la demandada con el argumento que no se registró ningún vínculo de carácter contractual con el aquí demandante. También adujo que, de conformidad con las condiciones legales y constitucionales, no existe documento alguno que se hubiese expedido con la prestación alegada por el demandante, adicional a que el estudio de la pensión objeto de reproche se encuentra en responsabilidad de las encartadas CAR y COLPENSIONES.

Impetró las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva por falta de competencia de la función administrativa en cabeza de la nulidad y buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de agosto de 2022 declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción.

Asimismo, condenó a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR, reliquidar la pensión de jubilación del demandante a partir del 15 de diciembre de 2014 en cuantía de \$906.474.97, con la aclaración de que el pago de la prestación debe hacerse sobre 14 mesadas pensionales al año y conforme a las facultades contenidas en el artículo 2º de la Ley 33 de 1985, en relación con la UGPP.

A partir del 1º de febrero de 2016, solo deberán asumir el mayor valor entre la pensión de jubilación y la de vejez, tanto en las mesadas ordinarias, como en las adicionales, sumas adeudadas que deberán ser indexadas al momento del correspondiente pago.

Condenó a COLPENSIONES pagar la mesada adicional de junio o mesada 14 a partir del 1º de febrero de 2016, de manera indexada.

Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a las demandadas en valor de \$400.000 como agencias en derecho por cada encartada y a favor del demandante.

Para arribar a dicha conclusión, la falladora de instancia refirió en primer lugar no ser objeto de controversia que la CAR mediante Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2005, reconoció al demandante una pensión de jubilación por ser beneficiario del régimen de transición, prestación que se reconoció bajo la égida de la Ley 33 de 1985, a partir del 16 de octubre de 2004, en cuantía inicial de \$358.000. Tampoco el hecho que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez al actor a través de la Resolución 89440 del 30 de marzo de 2016, a partir del 1º de febrero de 2016 en cuantía inicial de \$689.455.

En lo que atañe a la pretensión esgrimida por el demandante atinente a la reliquidación de la pensión de jubilación que le fuese otorgada por la CAR teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales referidos en el escrito progenitor causados durante el último año o pluralidad de años de la relación laboral, expuso la *a-quo* que mediante la mentada Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2005 fue reconocida la pensión en los términos de la Ley 33 de 1985 a partir del 16 de octubre de 2004, calenda en que el actor cumplió 55 años de edad; circunstancia por la cual, era menester precisar y, a pesar de haberse planteado de manera subsidiaria, que el actor en ningún caso resultaría ser beneficiario de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 79 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues según se evidencia del acto administrativo de reconocimiento pensional y demás probanzas allegadas al plenario, el señor GERARDO LAITON CALDERÓN no estuvo vinculado por más de 10 años al servicio de la CAR, requisito necesario la acceder a la prerrogativa de carácter convencional.

Que en relación con el pedimento principal, la norma a la que debe acudir a efectos de determinar los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar una pensión de jubilación como la reconocida al demandante en los términos de la Ley 33 de 1985, no es otra que el Decreto 1158 de 1994, en razón a la fecha de causación de la prestación que lo fue en la anualidad 2004, aspecto que por demás fue analizado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por tal razón, refirió que la pensión de la liquidación del actor no procede con base en todo lo devengado, sino únicamente con los factores respecto de los cuales se efectuaron los aportes y sobre los cuales existe la obligación legal de valorarse como factores de la liquidación de la pensión a la luz del Decreto 1158 de 1994, máxime cuando en el asunto de marras no se solicitó que la demandada pagara algún tipo de diferencia frente al pago de los aportes en pensión por estimar que estos no se hubieran realizado conforme a derecho.

Al unísono, expuso que con relación a la posibilidad de tener en cuenta únicamente lo correspondiente al último año de servicios, al ser el actor beneficiario del régimen de transición solo se le pueden respetar aspectos tales como la edad, tiempo de servicios y el monto, entendido este último como el porcentaje respecto del ingreso base de liquidación que debe aplicarse para efectos de determinarse el valor de la primera mesada, por lo que no hay lugar a tener en cuenta situaciones distintas a las establecidas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, talante que incluso ha sido adoctrinado por el órgano de cierre, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; circunstancia por la cual, resulta errada la forma en que la CAR liquidó la pensión de jubilación, como quiera que su consideración se torna en el último año de servicios, la cual resulta abiertamente ilegal.

Bajo este escario, como quiera que el actor no acreditó una densidad de semanas superior a las 1250 semanas de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la pensión debe ser liquidada con base en los últimos 10 años de aportes, por lo que efectuadas las operaciones de rigor, teniendo en cuenta el IBC y la tasa de reemplazo del 75% en los términos de la Ley 33 de 1985, la primera mesada pensional al año 2004 asciende a la suma de \$604.645.61, la cual resulta ser ostensiblemente superior a la reconocida por la CAR, situación que conllevó a condenar a la encartada a pagar las diferencias que se generen entre la prestación reconocida y la decidida precisamente dentro de la decisión objeto de estudio por la operadora de instancia, precisando a su vez que los mayores valores que está llamada a pagar serán los que no se encuentren cobijados por el fenómeno prescriptivo.

Sobre este punto, también indicó que la UGPP deberá asumir la cuota parte que le corresponde al tiempo de servicios prestados a cargo de CAJANAL en los términos del artículo 2º de la Ley 33 de 1985.

Aunado a lo anterior, ante la reliquidación ordenada expuso no resultar viable indexar la primera mesada como quiera que al liquidar la pensión con base en los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, ya fueron actualizados los factores por los cuales se cotizó al sistema pensional.

Frente a la mesada 14, adujo que en razón a que, tanto la pensión de jubilación del demandante como la de vejez se causaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es por lo que no existe ningún sustento legal para que la CAR hubiese suspendido el pago de la mesada adicional, como tampoco para que COLPENSIONES se hubiera abstenido del reconocimiento de la pensión de vejez teniendo en cuenta la mesada 14, por lo que atendiendo los parámetros de la compartibilidad y dadas las omisiones de las referidas encartadas, corresponde por parte de COLPENSIONES reconocer la mesada adicional desde la fecha de efectividad de la prestación como quiera que no está en discusión la fecha de reconocimiento, y la CAR deberá reestablecer el pago de la prestación desde la fecha en que fue concedida la pensión de vejez, esto es, a partir del 1º de febrero de 2016, calenda en que solo deberá asumir el mayor valor entre la pensión de jubilación y la de vejez.

Sobre la pretensión de la reliquidación de la pensión de vejez, refirió que la misma carece de sustento fáctico, en la medida que no se detalla cuáles eran en sus términos todos los factores salariales correspondientes que debía valorar COLPENSIONES al momento de reconocer el derecho por vejez, sin que se explique en el *petitum* de manera detallada los rubros devengados por el actor, ni mucho menos cuáles de ellos fueron tenidos en cuenta y cuáles se omitieron en la pensión de vejez, máxime si respecto de los mismos se omitió referir si se realizaron efectivamente o no las cotizaciones.

Además del hecho que la pensión reconocida por COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 89440 del 30 de marzo de 2016, a partir del mes de febrero de esa anualidad, se calculó tanto con los aportes efectuados durante toda la vida laboral, como los cotizados durante los 10 últimos años, escogiéndose el de toda

la vida laboral por serle más favorable esa condición al demandante, por lo que no se puede colegir que existiera un actuar indebido por parte de esta encartada, a más de ello salvo que la prestación de vejez fuese superior a la de jubilación, circunstancia que no sucedió dentro del presente asunto, en lo demás es la CAR quien tiene la obligación de continuar pagando el mayor valor, así que no tiene incidencia en que se incremente la mesada pensional por vejez pues el monto global de la prestación no variaría.

Sopesó su argumento, manifestando que tampoco habría lugar a reliquidar la prestación en función a la variación que podría tener el monto de la pensión con relación a la tasa de reemplazo, ya que según lo advierte la historia laboral del demandante, los salarios cotizados son levemente superiores o inclusive equivalentes al salario mínimo.

Con relación a los incrementos por personas a cargo, expuso que tanto la Corte Constitucional, como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señalan que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 fue objeto de derogación orgánica en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993, lo que condujo a que solo las personas que fuesen beneficiarias directamente del régimen del referido Acuerdo 049 de 1990 se les podía reconocer los incrementos pensionales, por lo que no es procedente emitir condena sobre esta súplica toda vez que la pensión del actor se causó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, absolviendo sobre este tópico.

Frente al incremento de ayuda por tercera persona, manifestó la *a-quo* que tan solo basta con señalar que las norma que resultan aplicables al demandante no contemplan ese tipo de incrementos, aunado a que tal pretensión carece de sustento fáctico, por lo que absolvió en este aspecto.

Que al ser claro que las sumas a reconocer resultan ser afectadas por el fenómeno de la devaluación de la moneda, es procedente ordenar la indexación de las sumas adeudadas, por lo que ordenó el reconocimiento y pago de los mayores valores de la mesada de jubilación como de la mesada 14 tanto de la pensión de jubilación en su mayor valor, como de la pensión de vejez debidamente indexadas hasta la fecha de su pago, lo que a su vez conlleva a no efectuar en forma

subsidiaria el pago de intereses moratorios al tenor del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se pronuncio con ocasión de la excepción de prescripción, arguyendo que dada la condición de litisconsortes necesarios que se acredita de la CAR, UGPP y COLPENSIONES, en concordancia con lo regulado en el artículo 61 del C.G.P., en lo que concierne a la pensión de jubilación, su reliquidación procedía desde la fecha de exigibilidad de la prestación que lo fue el 16 de octubre de 2004, pero en razón a que la reclamación administrativa se presentó el 15 de diciembre de 2017, radicándose la demanda el 13 de abril de 2018, transcurrieron más de los 3 años estipulados en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 51 del C.P.T. y de la S.S., por lo que existió prescripción respecto de las diferencias causadas frente a las mesadas pensionales con anterioridad al 15 de diciembre de 2014; circunstancia por la cual, realizados los reajustes correspondientes la mesada para el 2014 ascendería a la suma de \$906.474.97, lo que conlleva a que la CAR deba pagar las diferencias entre el monto efectivamente pagado, así como que deberá asumir el mayor valor desde la compartibilidad pensional.

En lo que concierne a la mesada 14, tanto el mayor valor a cargo de la CAR como la mesada en responsabilidad de COLPENSIONES, se hicieron exigibles desde el 1º de febrero de 2016, fecha en que le fue reconocida al demandante la pensión de vejez y calenda a partir de la cual se suspendió el pago por parte de la CAR, por lo que al haberse radicado la demanda el 13 de abril de 2018 resulta evidente que ninguna mesada 14 alcanzó a verse afectada por el fenómeno prescriptivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, argumentando en su alzada encontrar inconformidad de la decisión de primera instancia únicamente en lo que versa a la condena por el reconocimiento y pago de la mesada 14, como quiera que la prestación pensional que le fue reconocida al demandante a través de la Resolución GNR 89440 del 30 de marzo de 2016 fue a partir del mes de febrero de esa anualidad, de allí que el derecho pensional se hubiese adquirido con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual estableció que nadie podría obtener más de 13 mesadas pensionales al año, prerrogativa que también indicó que las personas que antes del 31 de julio de

2011 adquirieran su prestación pensional podrían ostentar esta mesada adicional, escenario que no es el caso del demandante.

Ello por cuanto si bien tenía reconocida una pensión de jubilación por la CAR, lo cierto es que la pensión de vejez solamente fue acreditada después del mes de febrero de 2016.

La CAR motivó su alzada en el hecho que al demandante se le reconoció y liquidó la mesada pensional de jubilación de acuerdo con la normativa vigente para la fecha del reconocimiento, sin que haya lugar a la reliquidación pensional ordenada por la operadora de instancia, situación similar frente al pago de la mesada 14.

La UGPP indicó que frente a ella se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva ante la falta de competencia en cabeza de la función administrativa, puesto que no es procedente que deba acudir a la audiencia en calidad de vinculada y menos resulte avante alguna condena, en la medida que el demandante solicitó la reliquidación de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución No. 1551 de 2005 por la CAR y, posteriormente mediante Resolución GNR 89440 de 2016 COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez de carácter compartida, entidades ambas con las que no se tiene asignada una competencia de carácter pensional como tampoco su defensa judicial.

También solicita la revocatoria de la condena en costas, pues en todo momento se ha actuado de buena fe y acorde con la normatividad vigente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en concordancia con el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y la UGPP, esta Sala de decisión entrará a abordar los siguientes problemas jurídicos:

_ Se auscultará si la CAR al momento del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor del demandante en los términos de la Ley 33 de 1985, omitió tener en cuenta la totalidad de factores salariales esgrimidos en las súplicas de la presente demanda, durante el último año o pluralidad de años de la relación laboral sucedida con el actor, la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional y del IBL de cada uno de los factores salariales al momento de otorgarse el derecho jubilatorio.

_ Determinarse si goza de prosperidad la restitución de la mesada 14 a favor del demandante, junto con su correspondiente indexación.

Lo anterior, en atención de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES al demandante y, por consiguiente, la configuración de la compartibilidad pensional que podría perjudicar a esta encartada.

_ Asimismo en atención al grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, deberá estudiarse la responsabilidad endilgada respecto de la misma.

c. Del caso en concreto:

Para el abordaje de los planteamientos jurídicos esbozados, precisa la Sala que no fue objeto de reproche que el demandante laboró al servicio de la CAR en calidad de trabajador oficial por el periodo comprendido entre el 30 de agosto de 1983 y el 6 de enero de 2003, tal como lo advierte la certificación emanada por la referida encartada el 8 de marzo de 2005, así como que nació el 16 de octubre de 1949 como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento (Fls. 56 a 57 y 144 a 155 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO, Fls. 67 y 18 – CARPETA 5 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO ALLEGADO POR LA CAR).

Tampoco el hecho que la CAR mediante Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2005 reconoció al demandante una pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, a partir del 16 de octubre de 2004 en la suma de \$358.000 cuando cumplió 55 años de edad, prestación en la que se decidió reconocerse de manera compartida en cuantía de \$210.563 por parte de CAJANAL hoy en día la UGPP y \$147.137 frente a la CAR. En el mentado acto administrativo también quedó plenamente explícito que la pensión fue otorgada teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% y un IBL promediado durante el último año de servicios.

Además, se consignó que el actor quedaba supeditado a tramitar la pensión de vejez ante el extinto ISS una vez cumpliera los requisitos legales para su reconocimiento, ello con la finalidad de que la CAR realizara el pago sobre el mayor valor de la prestación por vejez en atención de la figura de la compartibilidad pensional (Fls. 78 a 81 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Mucho menos fue reprochado que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 89440 del 30 de marzo de 2016 reconoció al actor pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 1º de febrero de 2016 en cuantía inicial de \$589.455, sobre 13 mesadas pensionales al año, situación que conllevó a su vez a que, la CAR mediante la Resolución No. 2199 del 25 de octubre de 2016 diera por terminado el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con el argumento de que la prestación por vejez que reconociera COLPENSIONES era igual a la de jubilación, de allí que no existiera pendiente por sufragar mayor valor alguno (Fls. 118 a 126 y 127 a 128 – CARPETA 5 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO ALLEGADO POR LA CAR).

d. De la reliquidación pensional de la pensión de jubilación reconocida al señor GERARDO LAITON CALDERÓN por parte de la CAR.

Como ya se detalló, el demandante pretende le sea reliquidada la pensión de jubilación que le reconociera la CAR en los términos reglados en la Ley 33 de 1985 mediante la Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2005, por cuanto la encartada omitió tener en cuenta la totalidad de factores salariales durante el último año o pluralidad de años de servicios, tales como sueldo, sobresueldo,

bonificación por servicios prestados, quinquenio, primas de vacaciones, vacaciones compensadas en dinero, auxilio de alimentación, dominicales y festivos, horas extras diurnas y nocturnas, auxilio de transporte, vacaciones, bonificación por vacaciones, prima de servicios, prima anual, prima de antigüedad, primas semestrales, viáticos y prima de olor, factores que al ser tenidos en cuenta incrementarían el monto de su primera mesada pensional.

En tal sentido, como se hizo hincapié, al demandante le fue reconocida pensión de jubilación bajo la prerrogativa de lo estatuido en la Ley 33 de 1985, lo que conlleva a que de entrada se advierta que no goza de prosperidad su súplica, en tanto, adoctrinado ha sido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en tratándose de pensiones de jubilación como la reconocida dentro del presente, los factores salariales a tener en cuenta para determinar el monto pensional son los acaecidos en el Decreto 1158 de 1994, siendo decisión reciente la dispuesta en la sentencia SL3134-2022, Radicación No. 22 de junio de 2022 donde se expuso:

“Por otra parte, la Sala ha establecido reiteradamente que todas las pensiones legales que se causen en vigencia de la Ley 100 de 1993, incluidas las de Ley 33 de 1985 por efecto del régimen de transición, deben calcularse conforme a los conceptos previstos en el Decreto 1158 de 1994, que también entró a regular esta materia (SL1686-2020), y en todo caso con las cotizaciones efectivamente realizadas o tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados -artículos 2.º literal l) y 5.º de la Ley 797 de 2003.

Aspecto jurisprudencial que también ha venido tratándose en sentencias tales como las SL4185-2022, Radicación No. 76440 del 29 de noviembre de 2022, SL3005-2022, Radicación No. 81748 del 24 de agosto de 2022, SL2808-2022, Radicación No. 81217 del 10 de agosto de 2022, entre otras.

Así las cosas, al disponer el Decreto 1158 de 1994 que los factores salariales a tener en cuenta para las pensiones de jubilación contenidas en la Ley 33 de 1985 son la asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea constitutiva de factor salarial, primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor salario, remuneración por trabajo dominical y festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o en jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados, el demandante no puede estimar con vocación de prosperidad otros distintos de los referidos, máxime si

se tiene en cuenta que, según lo puntualizado por la operadora de instancia, no se pretendió desde el escrito progenitor que la CAR efectuara pago sobre algún tipo de diferencia de lo cancelado por los conceptos de aportes en pensión cuando fue otorgada la pensión de jubilación, sino por conceptos nuevos, lo que conlleva a que se confirme este aspecto.

De otro lado, según se desprende de la Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2015, la CAR reconoció la pensión de jubilación teniendo en cuenta un IBL del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Para lo pertinente, imperioso resulta indicar que el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resguardó disposiciones normativas a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en lo que atañe a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no con relación al IBL, el cual quedó reglado para su aplicabilidad en los términos del inciso 3º ibídem o, bajo la égida del artículo 21 de la misma normativa.

En un entendimiento sobre un asunto de similares aspectos al aquí estudiado, la Sala de Casación Laboral en la mentada sentencia SL3134-2022, Radicación No. 22 de junio de 2022 refirió:

“Pensiones legales que se causaron en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que en virtud del régimen de transición de su artículo 36 se rigen por la Ley 33 de 1985

El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 amparó la aplicación de las disposiciones anteriores a la vigencia del sistema general de pensiones en tres aspectos puntuales: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación que solo hace referencia a la tasa de reemplazo y no al ingreso base de liquidación, el cual quedó regulado por el inciso 3.º ibidem para quienes a la entrada en vigencia del sistema les hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho (CSJ: SL6476-2015, SL13184-2017, SL2010-2018 y SL1078-2019); y en caso contrario, por lo establecido en el artículo 21 ibidem (CSJ SL2223-2020).

Ahora, la Corporación en épocas precedentes tuvo el criterio referente a que para los servidores públicos que no cotizaron ni devengaron suma alguna en vigencia de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación se calculaba con el promedio salarial del último año de servicio. Sin embargo, ese precedente varió desde la sentencia CSJ SL7061-2016 y ha sido reiterado en las decisiones CSJ SL3761-2018, CSJ SL2588-2019, CSJ SL3738-2019 y CSJ SL3437-2021, en las que se indicó que en esos casos también se deben aplicar los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 en los términos explicados, dado

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

Por tal razón, el monto pensional efectuado por la CAR en el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante a la luz de la Ley 33 de 1985, más exactamente el IBL tenido en cuenta en el último año de servicios prestados no fue el acertado; por el contrario, como lo puntualizó la *a-quo*, al haberse adquirido el derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para el presente asunto debió darse aplicabilidad a lo estatuido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y al haber laborado el actor un promedio de servicios inferiores a las 1250 semanas, palmario resulta que la CAR debió tener en cuenta el promedio del IBL de los últimos 10 años de servicios.

Bajo este escenario, como lo calculó la Juez, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 75% según lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, la mesada pensional para el año 2004 asciende a la suma de \$604.645.61, monto superior al reconocido por la CAR; circunstancia por la cual, es por lo que esta última en atención de la figura de compartibilidad pensional deberá pagar el mayor valor teniendo en cuenta la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES de manera indexada.

No debe soslayarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4593-2019, Radicación No. 63646 del 22 de octubre de 2019, señaló:

“En efecto, el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, «Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993», estipula lo siguiente:

“Artículo 45. EMPLEADORES DEL SECTOR PÚBLICO AFILIADOS AL ISS. Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el Artículo 5º del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B.

“La jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta disposición fue contemplada con el objetivo de que los empleadores públicos afiliados al ISS fueran asimilados a los del sector privado, pero para efecto de la emisión de bonos o títulos pensionales a través de la aplicación del artículo 5 del Decreto 813 de 1994, que en su momento fuera modificado por el 2º del Decreto 1160 de 1994 (CSJ SL3923-2018), norma esta que reguló el tema de la transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado (CSJ SL2852-2019), al consagrar que:

“Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

“a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

“Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, este continuará cotizado al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

“[...]

“De manera que, por intermedio de la remisión que hizo el precitado artículo 45, y como lo ha entendido la Corte, entre otras en sentencia CSJ SL2852-2019:

[...] los Decretos 813 y 1160 de 1994 aplican para empleadores privados y públicos que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social tenían a cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación, con la variación de que en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante la vinculación laboral al Instituto de Seguros Sociales, sus trabajadores en caso de ser beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, tienen la posibilidad de que su situación pensional se defina o bien con las condiciones señaladas en las normas anteriores para el sector público o con las propias del Instituto de Seguros Sociales.

Así las cosas, la CAR reconoció la pensión de jubilación, no obstante, la liquidó de manera errada a efectos de establecer el IBL, por lo cual, al haberse subrogado el ISS, hoy COLPENSIONES, la pensión en cuantía inferior a la que debió haber reconocido la CAR, resulta palmario que tal accionada debe solucionar el mayor valor.

- e. De la responsabilidad de la UGPP con relación al pago de la reliquidación pensional de jubilación del demandante de la Ley 33 de 1985.**

Se aqueja la UGPP de manifestar absolución para el pago de la reliquidación pensional de jubilación endilgada a la CAR. Según se aprecia la Resolución No. 1554 del 2 de septiembre de 2005, quedó explícito que con ocasión al tiempo de cotizaciones del demandante a través de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL hoy en día UGPP, esta última debía responder por la cuota parte correspondiente, situación que se acompasa con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 33 de 1985, que dispone:

“ARTÍCULO 2º. La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.

Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales.”

Es así como existe responsabilidad de la UGPP en el pago de la cuota parte, máxime si se tiene en cuenta que el en acto administrativo de reconocimiento pensional denota que la CAR comunicó a la UGPP, sin que esta última se pronunciara al respecto:

“Que de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 3 del decreto 2921 de 1948, artículo 28 del decreto 3135 de 1968, artículo 75 del decreto 1848 de 1969 respectivamente, la Corporación mediante Oficio radicado postal CAR No. 2005-0000-10013-2 del 12 de julio de 2005, consultó la concurrencia de la correspondiente cuota parte a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, Entidad que a la fecha 29 de agosto de 2005 no efectuó pronunciamiento alguno, entendiéndose aceptada y por lo tanto se aplica silencio administrativo positivo, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2709 de 1994 y en consecuencia se proferirá el acto administrativo definitivo.”

Por todo ello se confirmará la sentencia de primera instancia sobre este aspecto.

f. Del pago de la mesada 14:

Al respecto, debe memorarse, por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”*¹

Sin embargo, en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es, el Parágrafo 6º transitorio en el que se establece:

“Parágrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

De tal manera, tienen derecho a la mesada 14 aquellos que causen la pensión con anterioridad al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, o quienes acrediten el cumplimiento del derecho a la prestación con posterioridad a dicha calenda y hasta el 31 de julio de 2011, siempre que su mesada sea inferior a los 3 S.M.L.M.V.

En tal sentido, teniendo en cuenta que las pensiones de jubilación reconocida por la CAR y la de vejez otorgada por COLPENSIONES, fueron como consecuencia a que el demandante adquirió su estatus pensional antes del 31 de julio de 2011 puesto que nació el 16 de octubre de 1949, cumpliendo los requisitos de la pensión de jubilación el 16 de octubre de 2004 y la de vejez el 16 de octubre de 2009, por lo que la CAR como COLPENSIONES no debieron dejar de pagar la mesada adicional al actor o mesada 14; circunstancia por la cual, en atención de la compartibilidad que atañe a ambas encartadas, COLPENSIONES deberá pagar la mesada adicional a partir de la fecha de efectividad de la prestación, esto es, 1º de febrero de 2016 y de manera indexada, calenda a partir de la cual la CAR deberá asumir el mayor valor entre la pensión de jubilación y la de vejez, lo que conlleva a su vez a que se confirme la decisión de primer grado sobre este aspecto.

¹ *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.*

g. De la excepción de prescripción:

De conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., en lo que atañe a la reliquidación de la pensión de jubilación, el demandante presentó reclamación administrativa el 15 de diciembre de 2017, presentándose la demanda el 13 de abril de 2018 (Fls. 63 y 50 a 52 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO), por lo que atendiendo el fenómeno de prescripción trienal, la reliquidación de la pensión de jubilación debe pagarse a partir 15 de diciembre de 2014 y en adelante.

Frente a la mesada 14, como ya se mencionó la misma se hizo exigible a partir del 1º de febrero de 2016, fecha a partir de la cual se reconoció la pensión de vejez del demandante, por lo que al haberse radicado la demanda el 13 de abril de 2018, no operó el fenómeno prescriptivo como así se definió por la *a-quo*, lo que conduce a que también se confirme este aspecto.

h. Del pago de costas procesales de primera instancia alegado por la UGPP.

Debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

De esa forma, al haber sido evidente que la UGPP contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas, e incluso interpuso recurso de apelación, palmario resulta que fue vencida en juicio al no accederse a sus súplicas, por lo que no queda más reparo que se le condene en costas de primera instancia.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de los recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

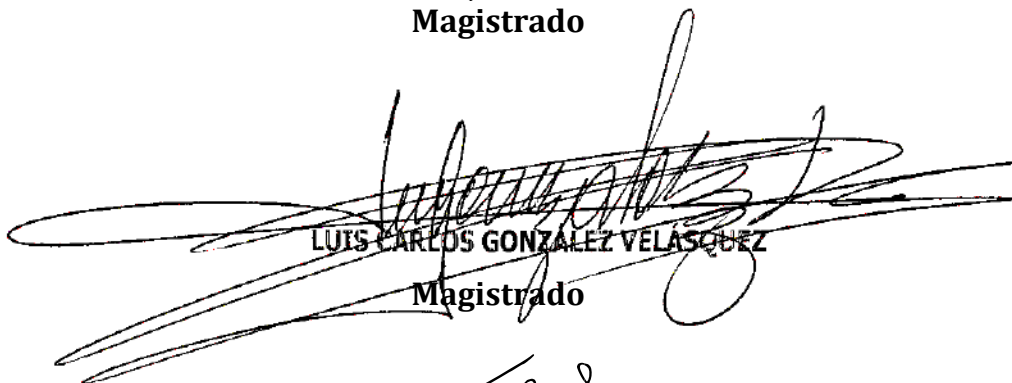
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia. Se fija como agencias en derecho a cargo de las recurrentes la suma de \$500.000 para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 37 2021 00096 01
 Demandante: DANIEL MADARIAGA VILLEGAS
 Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor DANIEL MADARIAGA VILLEGAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., por falta al deber de información.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se ordene a COLPENSIONES lo reciba y afilie nuevamente en el régimen que administra como si nunca se hubiera trasladado de este, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES

todos los dineros que se encuentren en su cuenta individual de ahorro, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración o cualquier otro concepto, debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital que financiara su pensión, y en caso de haber otorgado dicha prestación, la asuma hasta que sean trasladados todas las sumas a devolver por la ineficacia del traslado y sea incluido en nómina de pensionados. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado *extra y ultra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 7 de julio de 1980 como se indica en la historia laboral emitida por COLPENSIONES, y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 22 de marzo de 1995, sin que el asesor de ese fondo le entregara información completa veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas, características y beneficios que recibiría en ese régimen y las implicaciones que le conllevaría trasladarse del régimen en el cual se encontraba afiliado.

Destacó que no se le entregaron proyecciones de su mesada en ese régimen, ni como se calculaba y tampoco se le informó del derecho de retracto; por el contrario, señaló que el asesor le dijo que el I.S.S. iba a desaparecer, y que en el RAIS se podía pensionar de manera anticipada y que su mesada allí sería superior a la que obtendría en el I.S.S.

Refirió que solicitó al fondo privado documentos sobre la información que le brindo al momento del traslado, sin embargo, no fueron entregados por esa encartada. Además, sostuvo que solicitó a las demandadas la anulación de su traslado, pedimento que fue negado por estas y que según proyección su mesada en el régimen de prima media es superior al que recibiría en el régimen de ahorro individual. (Fls. 3 a 37 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional que deprecia el demandante se realizó con plena voluntad, pues por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR S.A, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, y el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además el gestor para se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrado en dicho precepto legal.

Formuló los medios exceptivos de mérito formuló el de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (Archivos 04).

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones formuladas en el escrito genitor. Al respecto, señaló que el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de ese fondo con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. De otro lado, agregó que de las pruebas que obran en el plenario no reposa soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 06).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2022, resolvió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señor DANIEL MADARIAGA VILLEGAS del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el I.S.S. al régimen del ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 22 de marzo de 1995. En consecuencia, DECLARA válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones durante el periodo de vinculación del demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de la demandada PORVENIR S.A., por valor de 1 SMMLV cada una, por secretaría tásense en la etapa procesal pertinente.

QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.”

Para arribar a dicha conclusión, el operador de primer grado indicó que de acuerdo con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, destacó que existen parámetros para resolver el caso en concreto, siendo el primero de ellos, el atinente al cumplimiento del deber de información desde su primera etapa de nacimiento, el segundo alude a que el formulario de afiliación no demuestra el cumplimiento del deber de información, por lo que se debe acreditar a la luz de otros medios probatorios, el tercero refiere a que está en cabeza de los fondos de pensiones tal deber, pues desde el nacimiento de la Ley 100 de 1993 existe, y el cuarto parámetro alude a que los anteriores se aplican sin restricción alguna, es decir, sin que se deba tener en cuenta que sean beneficiarios del régimen de transición o hayan cumplidos los requisitos para acceder al derecho pensional.

De esa forma, señaló que del acervo probatorio que yace en el plenario se evidenciaba que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del I.S.S., a la entrada en vigencia de la Ley 100 de

1993 y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 22 de marzo de 1995, a través de PORVENIR S.A. Añadió que de los formularios de afiliación del traslado inicial como los demás traslados horizontales que realizó, si bien se puede extraer que se dieron de manera voluntaria, más no puede entenderse que fue debidamente informado para tomar tal decisión, aunado a que de la declaración vertida por el promotor no se puede evidenciar el cumplimiento de tal obligación en cabeza de los fondos, sin que la misma se convalide con los diferentes traslados horizontales que llevó a cabo el actor.

En ese orden de ideas, al no encontrar probado el deber de información, expuso que procedía la ineficacia del traslado que realizó el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se ordenaría a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta individual del actor, junto con los bonos, rendimientos, gastos de administración y comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Señaló que no procedía la indexación de tales emolumentos, en tanto, los rendimientos financieros compensan la depreciación de tales emolumentos y se ajusta a principio de la sostenibilidad financiera, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a cargo de PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló. Argumentó que no se desconoce la existencia del deber de información desde la creación de la Ley 100 de 1993, sin embargo, el mismo se intensificó hasta 2009, por lo que no es dable darle la misma relevancia al deber de información previo al traslado, con el alcance dado con el transcurso del tiempo, de modo que exigir requisitos que no eran exigibles a la época, vulnera el derecho al debido proceso y confianza legítima, máxime cuando las características de los regímenes pensionales están contenidas en la Ley 100 de 1993, la cual es alcance nacional, lo que se ratifica con los deberes de los consumidores financieros.

De otra parte, debe tenerse en cuenta la vulneración al principio de sostenibilidad financiera, pues la decisión adoptada en la sentencia objeto de censura, vulnera la sostenibilidad financiera del régimen que administra, teniendo en cuenta la variación porcentual en el reconocimiento pensional, la falta de contribución del

actor a ese régimen y la carga que generaría en los demás afiliados del mismo, teniendo en cuenta el principio de solidaridad y el esquema piramidal que maneja, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia. De manera subsidiaria, solicita la absolución en costas pues no tuvo injerencia en el acto jurídico que se declara ineficaz y se mantenga la condena frente a la devolución de aportes, junto con los rendimientos y los gastos de administración debidamente indexados a fin de aliviar la carga de esa demandada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 22 de marzo de 1995, vinculación que se hiciera efectiva el 1º de marzo de 1995, además se evidencian los diferentes traslados horizontales que realizó a COLMENA el 1º de noviembre de 1999, a SKANDIA S.A. el 1º de mayo de 2010, a PORVENIR S.A. el 1º de noviembre de 2010, nuevamente a SKANDIA S.A. el 1º de julio de 2011 y finalmente a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. el 1º de julio de 2012, según el reporte SIAFP (Folios 23 y 38 a 39 archivo 06).

Luego, si bien el formulario, refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, el demandante DANIEL MADARIAGA VILLEGAS en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que su traslado se gestó hace 22 años, por cuanto en esa época estaban en boga los fondos privados de pensiones y había familiares de compañeros de trabajo que laboran en esas administradoras, entonces como apoyo se afiliaron. Refirió que suscribió el formulario de afiliación y que no hubo ampliación ni información adicional por parte del promotor, máxime que este fue quien diligenció el formulario con los datos que él le suministro, pero no le explicó que iba a pasar con sus aportes al I.S.S., además agregó que realizó aportes voluntarios con posterioridad, dado que se enteró que tendría beneficios tributarios. Sobre sus traslados a otras administradoras, dijo que se dio por la mala gestión de los fondos, pues fueron oportunos a conseguir su firma, pero no para atenderlo, que su motivación para trasladar de régimen actualmente es porque quiere tener una mejor calidad de vida.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de	Contenido mínimo y alcance del deber de información



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, a los cuales hace mención COLPENSIONES en su alzada, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Luego, si bien, acertó el Juez de instancia al ordenar la devolución de tales emolumentos, considera la Sala que todas las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad en las cuales estuvo afiliado, deben responder por los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo

en que el actor estuvo vinculado a esos fondos, situación que si bien fue puesta de presente en la etapa de saneamiento por parte de PORVENIR S.A., lo cierto es, que al no manifestar las partes inconformidad alguna y el fallador de instancia no tomar las medidas del caso, la falta de integración de tales fondos quedó saneada a las voces del artículo 136 del C.G.P.

Dicho esto, y en aras de no vulnerar el principio de sostenibilidad financiera, considera este Juez Colegiado que PORVENIR S.A. se debe hacer cargo de tales emolumentos por todo el tiempo en que el demandante permaneció vinculado en ese régimen, incluyendo el tiempo en que estuvo en otros fondos de pensiones del R.A.I.S., sin perjuicio que ejerza las acciones judiciales del caso, tendientes a recobrar tales rubros.

Continuando con el análisis de la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por la apelante, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación al demandante y no se evidencia desventaja alguna frente al fondo privado.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a una posible condena en costas en esta instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados contrario a lo sostenido por el Juez de primer grado; por ende, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de instancia en tal sentido, precisándose además, que tales emolumentos deben correr a cargo de PORVENIR S.A. desde el traslado de régimen inicial hasta la actualidad, incluyendo los periodos en que el actor estuvo afiliado a otras administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, en lo demás, habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que los gastos de administración, las primas de seguros

previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento del pago por parte de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

Además, tales emolumentos deben correr a cargo de PORVENIR S.A. desde que se produjo el traslado de régimen inicial hasta la actualidad, incluyendo los periodos en que el demandante estuvo afiliado a otras administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, para lo cual deberá realizar las gestiones que correspondan para el efecto. Lo anterior, sin perjuicio de que lleve a cabo las acciones de judiciales tendientes a recobrar tales emolumentos.

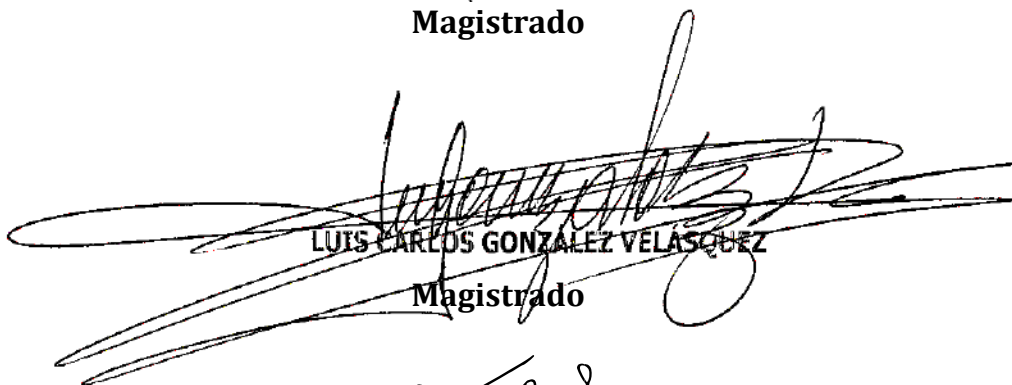
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 38 2021 00151 01
Demandante: LUZ MARINA GALINDO GALEANO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ MARINA GALINDO GALEANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con la finalidad que se condene a la encartada a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes en su condición de compañera permanente del señor ALVARO VARGAS MORENO a partir del 17 de junio de 1991, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones relató que convivió en unión marital de hecho con el señor ÁLVARO VARGAS MORENO durante los últimos 5 años de vida del causante, de manera ininterrumpida, bajo el mismo techo y



compartiendo el mismo lecho, formando una comunidad de vida permanente, provista de socorro y apoyo mutuo, unión de la cual nacieron dos hijos, hoy mayores de edad y sin vocación de beneficiarios de la prestación pensional que se reclama en la actualidad. Igualmente, expuso que el señor ÁLVARO VARGAS MORENO disfrutaba de una pensión de invalidez, la cual le había sido reconocida por el I.S.S. a través de Resolución No. 3934 del 19 de junio de 1985 y que el pensionado falleció el 17 de junio de 1991.

Añadió, que mediante Resolución No. 5127 del 01 de noviembre de 1991, el I.S.S.

reconoció a la señora MARÍA DEL CARMEN FANDIÑO DE VARGAS la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite y en cuantía de \$62.349 a partir del 17 de junio de 1991, decisión que fue modificada en Resolución No. 1848 del 8 de marzo de 1994, en el sentido de reconocer además la sustitución pensional a JOAQUIN ORLANDO VARGAS GALINDO y LUIS GABRIEL VARGAS GALINDO, hijos del causante y la promotora.

Precisó que la señora MARIA DEL CARMEN FANDIÑO DE VARGAS, falleció el 26 de julio de 2001 y que el 22 de mayo de 2015 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante, la cual fue denegada por la entidad en Resolución No. VPB 71877 del 25 de noviembre de 2015, arguyendo que no había certeza de la convivencia de la reclamante con el pensionado y que además, había otra persona disfrutando la prestación.

Sostuvo que mediante sentencia proferida en el proceso con radicado No. 2016-00342 por el Juzgado de Familia del Circuito de Soacha el 10 de septiembre de 2018, se declaró la existencia de la unión marital de hecho que mantuvo con el causante desde 1985 hasta el 17 de junio de 1991; y que el 25 de febrero de 2021, solicitó a la pasiva nuevamente la pensión junto con los intereses de mora, pedimento que negó la accionada a través de la Resolución SUB 76397 del 25 de marzo de 2021, aduciendo que aún estaba vigente el acto administrativo que había reconocido la sustitución de la prestación en favor de la cónyuge fallecida.

(Fls. 5 a 12 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no es procedente el reconocimiento de la prestación solicitada por la actora de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto 758 de 1990, como quiera que al verificar el expediente pensional se advierte que mediante Resolución No. 5127 del 1º de noviembre de 1991 reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge supérstite con quien acreditó convivencia e igualmente procreó hijos, en consecuencia, tampoco hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y la innominada o genérica. (Carpeta 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de agosto de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas al extremo activo.

Para arribar a esa conclusión, el *a-quo* precisó que la reiterada jurisprudencia ha establecido que la normatividad aplicable al caso es la vigente a la fecha del deceso del causante, en esa medida, señaló que el señor ÁLVARO VARGAS MORENO falleció el 17 de junio de 1991, por lo que las disposiciones que regulan la pensión de sobrevivientes que se reclama son las contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, haciendo mención a los artículos 6º, 25 y 26 de dicha obra. Enfatizó que el artículo 26 del citado compendio normativo señala que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común y en forma vitalicia, el cónyuge



sobreviviente y a falta de este, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Entendiéndose que falta el cónyuge sobreviviente por muerte real o presunta; por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, por divorcio del matrimonio civil y, por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

En esa medida, expuso que no se acreditó en el informativo que faltara el cónyuge sobreviviente al momento del fallecimiento del pensionado con ocasión de cualquiera de las causales antes descritas; además, adujo que el artículo 30 *ejusdem* establece los eventos en los cuales se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes, luego, bajo ese escenario se debió acreditar que la cónyuge perdió el derecho a reclamar la pensión en alguno de los escenarios ya referidos en el artículo en comento, máxime si se tiene en cuenta que la ni la actora ni la testigo dieron cuenta de la relación que sostuvo el causante con su cónyuge o que esta hubiese perdido el derecho por causa imputable a aquella, a quien finalmente le fue reconocida la pensión en primera instancia.

Añadió el fallador de instancia que, pese a que la actora acreditó su calidad de compañera permanente de acuerdo a la providencia emitida por la jurisdicción ordinario en su especialidad de familia, no logró avalar en tal condición los requisitos para acceder a la pensión que reclama, reiterando que no se evidenció que la cónyuge hubiese perdido su derecho. Igualmente, dijo que para la época en la que se causó la pensión, si bien se pudo haber dado una convivencia simultánea, la norma era puntual en establecer que el compañero permanente solo podía acceder al reconocimiento la prestación en el evento en que falta el cónyuge o que el derecho de este se haya extinguido por las razones ya citadas, absolviendo a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y condenando en costas a la actora. (Archivo 17).

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto, dijo que la demandante acreditó las condiciones que exige la ley para ser beneficiaria de la pensión que reclama en su calidad de compañera permanente, pues si

bien para la fecha en la que se causó la pensión la normativa vigente para ese entonces, esto es, el Acuerdo del Seguro Social exigía que para efectos del reconocimiento hubiesen cesado los efectos civiles del matrimonio para ostentar en condición de compañera permanente el derecho como primera beneficiaria, no se puede desconocer la evolución jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a la igualdad de derechos en casos de convivencia simultánea en donde reclama la compañera permanente, unión de la que además nacieron dos hijos, por lo que acudiendo a los principios fundamentales del derecho a la seguridad social, como son el de igualdad y favorabilidad solicita se reconozca la prestación, más si se tiene en cuenta que se acreditó la convivencia con el pensionado de manera ininterrumpida en los últimos cinco años de vida del causante, por lo que solicita revoque la sentencia objeto de censura y la condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si la demandante en calidad de compañera permanente, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del causante, señor ÁLVARO VARGAS MORENO.

c. De la Calidad de Pensionado del Causante:

Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es del caso precisar que no es objeto de controversia en esta instancia que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES reconoció pensión de vejez al señor ÁLVARO VARGAS MORENO mediante Resolución No. 3934 del 19 de junio de

1985, en cuantía inicial de \$16.110 a partir del 23 de noviembre de 1983; y que el pensionado falleció el 17 de junio de 1991.

Asimismo, que dicha prestación pensional fue sustituida desde el deceso del causante a la señora MARÍA DEL CARMEN FANDIÑO DE VARGAS, a través de Resolución No. 5127 de 1º de noviembre de 1991, decisión que fue modificada en la Resolución No. 1848 de 8 de marzo de 1994, en el sentido de reconocer la pensión a la citada beneficiaria en calidad de cónyuge y a JOAQUIN ORLANDO y LUIS GABRIEL VARGAS GALINDO en calidad de hijos, al igual que la cónyuge del causante falleció el 26 de julio de 2001, lo cual se colige de las Resoluciones VPB71877 de 2015 y SUB 76397 de 2021 y de las actas de defunción que yacen en el plenario. (Fls. 12 a 30 archivo 01).

d. De la Pensión de Sobrevivientes:

Establecido lo anterior, se advierte que conforme lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo, que para el presente evento se refiere al artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de 1990.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 27 de la Acuerdo 049 de 1990, el cual señala sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derecho habientes:

“1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

“Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

“a) Por muerte real o presunta;

“b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;

“c) Por divorcio del matrimonio civil y,

“d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.”

A su turno, el artículo 29 *ejusdem* señala sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes por parte del compañero o compañera permanente, que *“Para que el compañero o compañera permanente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, se requerirá, que sea soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes, y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que haya tenido hijos; si en varias mujeres concurren estas circunstancias solo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos con el asegurado fallecido.”*

Por su parte, el artículo 30 del mismo compendio normativo indica sobre la pérdida y extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes:

“Se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

1. El cónyuge, cuando el cónyuge sobreviviente en el momento del deceso no hiciere vida en común con el causante, salvo que se hubiera encontrado en imposibilidad de hacerlo porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía.

En este evento el compañero o compañera permanente del causante no tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes.”

Ahora, dado el argumento de la impugnante en el cual hace alusión a una posible convivencia simultánea entre la cónyuge y la compañera permanente, conviene memorar lo expuesto de antaño por el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad, en sentencia con Radicación No. 32694 de 9 de julio de 2008, el cual, al analizar tal posibilidad, sostuvo:

“Y en lo concerniente a la alegación del censor sobre el acogimiento de lo expresado en el inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para llenar el vacío que en su criterio presenta el artículo 29 del aludido Acuerdo 049 de 1990, al no haber dispuesto el pago proporcional de la pensión de sobrevivientes entre la cónyuge y la compañera permanente, no puede ser de recibo esa postura, toda vez que no hay tal vacío porque conforme a tal ordenamiento anterior, al dársele prelación a la cónyuge supérstite que no estuviera incurso en alguno de los eventos de pérdida del derecho, sobre la compañera permanente, no había

necesidad de imponer un pago compartido, y en estas condiciones no tiene cabida la orientación legislativa de la nueva ley que rige a partir de su vigencia y no tiene efecto retroactivo, según el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que como lo ha precisado la Sala en casos análogos al presente resulta plenamente aplicable a los asuntos de seguridad social.”

De la misma forma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación No. 34424 de 2 de junio de 2009, expuso sobre el entendimiento que se debe dar al artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, lo siguiente:

“Así las cosas, cuando el Tribunal dedujo que, conforme al artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, el beneficiario de la pensión de sobrevivientes es el cónyuge supérstite, y sólo a falta de éste, la compañera o compañero permanente del causante, no incurrió en yerro hermenéutico alguno frente a tal preceptiva, porque de su texto se infiere, que efectivamente la vocación para sustituir al afiliado o pensionado, la tiene en primer lugar la cónyuge supérstite, aun en el caso de existir convivencia simultánea.”

Más adelante, esa misma Corporación en sentencia SL2628-2022 con Radicación No. 82308 de 27 de julio de 2022, indicó sobre la carga de la prueba en casos como que nos ocupa en esta ocasión, lo siguiente:

“En ese orden, tal cual lo estimó el colegiado de instancia, a la actora corresponde demostrar que la convivencia entre los cónyuges no existía a la fecha del deceso del afiliado, en aras de construir su calidad de beneficiaria de la prestación como compañera permanente. Esta condición, concluyó el ad quem, no fue probada.

Conviene memorar que según las reglas de la carga de la prueba (art. 1757 C.C.), «incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta»; así mismo, el artículo 167 del Código General del Proceso, preceptúa que a las partes compete «probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen» (CSJ SL997-2022). Por tanto, incumbía a la demandante demostrar los requisitos para adquirir la calidad de beneficiaria de la pensión, carga que no honró.

No sobra recordar que el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, ha sido analizado en múltiples ocasiones por esta Corporación. Se ha colegido que las diferentes hipótesis allí consideradas como demostrativas de la ausencia o falta de cónyuge supérstite, no son taxativas, sino enunciativas.”

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“De acuerdo con lo anterior, si la compañera permanente afirma en juicio, como presupuesto de su pretensión, que tuvo esa condición respecto del pensionado con quien dice haber hecho vida marital hasta la fecha del fallecimiento del causante, y sólo ella acude a reclamar o a demandar judicialmente la sustitución de la pensión, ni el obligado a pagarla ni el juez pueden exigirle que acredite un hecho que no le corresponde demostrar y que incluso puede ignorar totalmente, pues sería tanto como decir que el titular de un derecho debe probar, además de su existencia, que no se ha producido su extinción o modificación, o que no ha ocurrido algún hecho impeditivo de su nacimiento” (Subrayas fuera de texto).

De esta suerte, fácil resulta colegir que el citado precedente contempló supuestos fácticos diferentes a los de la presente contención pues, en aquella ocasión, la compañera permanente era la única reclamante de la prestación, mientras que en este caso, no hay duda de que Judith Helena Uribe de Benincore, era la cónyuge del causante.

Corolario ineludible de lo que viene de considerarse, es que el Tribunal no incurrió en los desatinos jurídicos imputados, en tanto no se equivocó al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a María Nelly Flórez Celi, por no acreditar las exigencias del artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990.”

e. Del Caso en Concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el caso de marras, y en punto de los argumentos esgrimidos por la demandante en su alzada, se encuentra que en esta instancia no se discute su calidad de compañera permanente del causante, pues así lo concluyó el juez de instancia tal como viene de verse. Adicionalmente, se estableció que el señor ALVARO VARGAS MORENO le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución 3934 de 19 de junio de 1985 y que falleció el 17 de junio de 1991, por lo que la norma a aplicar es artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Ahora, tampoco fue objeto de disenso el hecho de que la señora MARÍA DEL CARMEN FANDIÑO DE VARGAS en calidad de cónyuge del pensionado le fue reconocida la sustitución pensional en Resolución 5127 de 1º de noviembre de 1991, y que la citada beneficiaria falleció el 26 de julio de 2001, pues así lo destacó la promotora en los hechos de la demanda, quien menos aún, puso en tela de juicio lo referente a la convivencia de la cónyuge con el causante al momento del deceso de aquel.



De otro lado, se allegaron al proceso las Resoluciones VPB71877 de 2015 y SUB 73397 de 2021, en las que se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora, el acta de la audiencia celebrada por el Juzgado de Familia del Circuito de Soacha el 10 de septiembre de 2018 en el proceso con radicado No. 2016-342, en la que se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre la demandante y el pensionado entre 1985 y el 17 de julio de 1991 y los registros de defunción del pensionado y de su cónyuge. (Fls. 12 a 30 archivo 01).

Asimismo, se recepcionó el interrogatorio de parte a la demandante, quien dijo que conoció al causante en la empresa BC Postes a donde ella llegó a reemplazar a su progenitora hacia el año 1980, que comenzó a convivir con el pensionado en 1985 en el barrio Santa Ana de Soacha, cuando su hijo ya tenía un año de edad. Narró que su compañero falleció el 17 de junio de 1991 y que para ese momento ya convivían, que ese día él se dirigió a trabajar ya que manejaba un camión y a los tres días ella se enteró que había fallecido de una trombosis; que siempre viajaba los fines de semana y que se enteró del deceso por una persona que la buscó y le comentó del fallecimiento, relató no constarle en donde se llevaron a cabo las exequias pues para esa época estaba muy joven y no indagó al respecto.

Narró que se enteró de la existencia de la señora MARÍA DEL CARMEN FANDILLO, cuando fue a solicitar la pensión para sus hijos, que conocía que el *de cujus* padecía de diabetes y se iba solo a los controles médicos, sin constarle si en el trayecto alguien lo acompañaba y que ella dependía totalmente del pensionado. Que reclamó la pensión de sobrevivientes hasta el año 2014 por que no conocía que tenía derecho a esa prestación ya que estaba muy joven, por ello anteriormente solo había reclamado la pensión para sus hijos y que para navidad y año nuevo no recuerda si el causante viajaba.

Por su parte, la testigo EDELMIRA JIMÉNEZ DE MURCIA, señaló que conoció a la demandante y al señor ÁLVARO VARGAS hacia el año 1980 o 1984, que para ese momento ya tenían un hijo y que fue al apartamento donde vivía la pareja, que allí pagaban arriendo y que la actora se lo presentó como su compañero y

padre de sus hijos, que en una ocasión coincidió con el causante en ese lugar y vio que la pareja tenía un trato cordial, y que también veía que él trabajaba en un vehículo el cual permanecía a veces en la casa, a su vez, narró que la gestora le había contado que éste viajaba. De otro lado, sostuvo que no supo cuando falleció el compañero de la actora, pues de ello se enteró muchos años después cuando se encontró con ella y le comentó esa situación.

De cara a lo anterior, y dado que la actora en la alzada alude que ha existido una amplia evolución jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta a la igualdad de derechos en casos de convivencia simultánea en donde la sustitución pensional es reclamada por la cónyuge y la compañera. Encuentra la Sala al respecto, que, si bien se ha indicado entre otras, en sentencia SL2186-2021, que sin importar cuál de las formas ha sido escogida para fundar la familia, el mandato constitucional es su protección integral, con el fin de garantizar su existencia y pleno desarrollo.

No puede soslayarse el hecho que la demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990 para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama, pues como lo señaló el *a quo*, si bien en el presente asunto se pudo presentar una convivencia simultánea del causante con la cónyuge y la compañera permanente. Lo cierto es, que la norma en cita le da prevalencia a la cónyuge para acceder a la pensión, por lo que la compañera permanente como ya se dijo solo podrá acceder a la misma en caso de muerte real o presunta de la consorte; por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico; por divorcio del matrimonio civil, por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes y además de los casos señalados en el artículo 27 del citado acuerdo, por la falta de convivencia entre los cónyuges, según lo ha expuesto la jurisprudencia, entre otras en sentencia SL14005-2016, ello en consonancia con lo reseñado en el artículo 30 de Acuerdo 049 de 1990.

Adicionalmente, la jurisprudencia emana por el órgano de cierre de esta jurisdicción, ha sido enfática en precisar que aun en el caso de existir convivencia simultánea, en casos como el aquí debatido, la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en primera instancia es la cónyuge supérstite, luego, solo a falta de ésta, la compañera permanente del pensionado o afiliado puede



acceder a la sustitución pensional conforme lo reglado en el Acuerdo 049 de 1990, sin que exista la posibilidad de acceder a la misma en forma proporcional o de acrecentar con el deceso de alguna de las beneficiarias.

Dicho de otra forma, a la demandante le correspondía la carga de la prueba, tendiente a acreditar que la cónyuge estaba incurso en alguna de las causales que señala la ley como eximente del reconocimiento pensional a esa beneficiaria, más si se tiene en cuenta que la gestora no fue la única que reclamó la pensión, pues recuérdese que esa prestación le fue reconocida por parte de la entidad demandada en su momento a la consorte del pensionado fallecido, y además no se debatió la falta de convivencia entre los cónyuges, aunado a que la misma actora hizo mención en su impugnación a una convivencia simultánea, situación que impide el reconocimiento a la compañera permanente como ya se expuso. De esa forma, considera esta Colegiatura que no erró el juez de instancia al absolver a la demandada de las pretensiones que se elevaron en el *petitum* y a la consecuente imposición de la condena en costas a la parte vencida en juicio, como lo prevé el artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía a los juicios del trabajo.

Colorario de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 38 2021 00156 01**
Demandante: ANA LIDIA SÁENZ OSPINA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022, toda vez que las pretensiones de primera instancia fueron totalmente adversas a la aquí demandante, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA LIDIA SÁENZ OSPINA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que entre ella y el señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA (q.e.p.d.), existió una unión marital de hecho sin solución de continuidad por el periodo comprendido entre el año 1979 y el 17 de febrero de 2020, fecha última en que falleció el causante.

Por consiguiente, se condene a la entidad al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales ordinarias causadas desde la fecha del deceso del señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA y sobre 13 mesadas anuales, junto con el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, refirió que sostuvo una unión marital de hecho con el causante señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA (q.e.p.d.), por el periodo comprendido entre el año 1975 y el 17 de febrero de 2020, de la cual nacieron dos hijos.

Que en vida el causante fue beneficiario de una pensión reconocida por COLPENSIONES, pero a pesar de haber solicitado la sustitución la misma fue negada por la encartada.

Finalmente, sostuvo que para la fecha del deceso del causante contaba con 71 años de edad, sin que ninguna otra persona a parte de ella compareciera a alegar el derecho pensional aquí perseguido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que al señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA en vida le fue reconocida una pensión de vejez mediante Resolución No. 4696 de 1996. En lo que atañe a la sustitución pensional deprecada por la accionante ANA LIDIA SÁENZ OSPINA, aduce que no acreditó los requisitos legales para acceder a la prestación, como quiera que no demostró 5 años de convivencia anteriores a su fallecimiento y, por ende, no gozan de prosperidad las súplicas del *petitum*.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que no fue objeto de discusión que en vida al señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA le fue reconocida pensión de vejez a través de la Resolución No. 4696 de 1996, como tampoco el fallecimiento del mismo.

De otra parte, indicó que según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la normatividad a aplicar en el caso de pensión de sobrevivientes debe ser la vigente al momento de fallecimiento del causante, de ahí que al haber fallecido el señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA el 17 de febrero de 2020, la normatividad a aplicar para el caso de marras es la preceptuada en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatoria de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, concluyó que si bien la accionante al momento del deceso del causante contaba con más de 30 años de edad, no logró acreditar como compañera permanente una convivencia dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, como quiera que a pesar de obrar prueba donde se advierte que en efecto la demandante fue compañera permanente del fallecido, no sucede lo mismo respecto del requisito de convivencia en tanto, las declaraciones rendidas en juicio no contrastan tal situación, aspecto que incluso se acompasa con las declaraciones extraproceso acreditadas al plenario.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

De conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, como quiera que la decisión de primer grado fue totalmente adversa a sus pretensiones, sumado a que, respecto de la misma no se interpuso recurso alguno.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional deprecada, con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA (q.e.p.d.).

De prosperar lo anterior, la Sala se adentrará a auscultar las demás pretensiones de carácter condenatorio perseguido por la demandante.

c. De la Calidad de Pensionado del Causante y Reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes:

Previo a la resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, advierte la Sala que no objeto de reproche dentro del asunto *sub examine*, que el ISS le reconoció al señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA pensión de vejez a través de la Resolución No. 4696 de 1996 (CARPETA 12 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO CAUSANTE).

Tampoco el hecho que el señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA falleció el 17 de febrero de 2020, según da cuenta copia del registro civil de defunción (CARPETA 01 DEMANDA ORDINARIA – PDF 07 – EXPEDIENTE DIGITAL); circunstancia por la cual, conforme lo ha adocinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a través de distintas decisiones, entre otras, la sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al acaecimiento de aquel hecho, que para el presente evento se constituye en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. En cuanto a la pensión de sobrevivencia de carácter vitalicio, la aquí demandante entraría bajo esta óptica pues a la fecha del deceso del causante tenía 70 años de edad como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En igual sentido, se tiene que, en reciente pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL-1730-2020, Radicación 77327 del 3 de junio de 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio

pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

Finalmente, se debe precisar que mediante la sentencia SL-41637 del 2012 nuestro órgano de cierre, sentó la postura atinente a que la cónyuge con vínculo matrimonial vigente con separación de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bastándole con acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, misma que se ha mantenido de forma pacífica a la fecha, por lo menos para el caso de los pensionados.

Igualmente, la Corte ha sostenido de manera reiterada que tal prerrogativa, *no se predica respecto de la compañera permanente, pues estima que para quienes mantuvieron la unión bajo este tipo de vínculos, si se requiere acreditar los cinco (5) años de la convivencia hasta la data del deceso, como se permitió reiterarlo recientemente en la sentencia SL-362 del 2021, al explicar:*

“En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal» (...)

“Por su parte, la recurrente reprocha al Tribunal no haber interpretado el inciso 3º del literal b) del artículo 13º de la Ley 797 de 2003, extendiendo a la compañera permanente los mismos derechos que le asisten a la cónyuge separada de hecho, en aplicación del principio de igualdad consagrado por el artículo 13º de la Constitución Política, increpando la existencia de un trato discriminatorio para acceder al beneficio pensional, con el que se restringe el derecho exclusivamente para la cónyuge.

“Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).

“En este sentido, la Corte Constitucional al estudiar los efectos del vínculo matrimonial y las uniones de hecho, explicó que no es posible equipararlos. Anotó que la comunidad de vida que se da en ambos vínculos, jurídicos y naturales, es vital para el matrimonio, pero no es lo esencial en él. Preciso en la sentencia C-533 de 2000, que «la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges», señalando que los casados no son simples personas que viven juntos, son más bien personas jurídicas vinculadas, en cambio, la unión libre «si se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la terminación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja».

“Así las cosas, no son comparables situaciones fácticas diferentes como lo pretende la recurrente al estimar que le son aplicables al punto en estudio las mismas razones que se expusieron al analizar el derecho pensional cuando existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente, donde el elemento común es la convivencia”.

De cara a lo indicado salta de bulto que conforme la línea jurisprudencial vigente, la compañera permanente para poder acceder a la sustitución pensional deberá acreditar de forma indiscutible una convivencia con el causante por un término que no puede ser inferior a los cinco (5) años y que debe perdurar hasta la data del deceso.

En claro los requisitos para acceder a la sustitución pensional y, teniendo en cuenta que la demandante pretende acceder a la indemnización sustitutiva del señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA (q.e.p.d.), en calidad de compañera permanente, es patente que para dicho fin, resulte imperioso demostrar la convivencia efectiva de los cinco (5) años hasta la data del deceso. Supuesto de facto que se procederá a verificar de cara al material probatorio recaudado.

En el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte de la demandante ANA LIDIA SÁENZ OSPINA, quien manifestó no recordar cuándo inició la convivencia con el demandante, al igual que el fallecido en vida no padecía de ninguna enfermedad; que su deceso ocurrió en el año 2020 con ocasión de tres infartos fulminantes. No recuerda donde fue el lugar de las exequias del fallecido señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA y los gastos funerarios fueron cubiertos por una hija.

Que los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, el señor JOSÉ VICENTE vivió en Soacha en donde convivían como pareja desde el año 2014, esto es, en la carrera 34 A No. 37-77 Soacha Ciudad Verde. Refirió que se separó del causante en un interregno de aproximadamente uno o dos meses cuando uno de sus hijos se fue a vivir a los Estados Unidos, precisando que ella ante su avanzada edad no podía quedarse sola con el causante, así como que el fallecido en ningún momento residió en un hogar geriátrico.

Refirió que en todo momento la relación con el causante se llevó en las mejores condiciones como pareja hasta la fecha de su fallecimiento, tanto así que ella y su hijo eran quienes acompañaban al causante a sus controles médicos. Que durante los últimos 5 años al deceso, era el mismo causante quien suplía los gastos del hogar.

Que antes del 2014 como pareja vivían en arriendo en la ciudad de Bogotá en una casa ubicada en el Barrio Kennedy. Que ella estaba afiliada en salud ante la Nueva EPS como beneficiaria del causante. Seguidamente, al preguntarle el Juez respecto del distanciamiento que arguyó inicialmente la demandante respecto del causante, dijo que el fallecido sí fue llevado a un hogar geriátrico aproximadamente un mes ya que ella no podía hacerse cargo de él.

La testigo señora NIDIA AMANDA LEÓN expuso que conoció a la demandante aproximadamente desde el año 2012, toda vez que la accionante para esa anualidad habitó en una vivienda de propiedad de la abuela del cónyuge de la declarante, de ahí que también conociera al causante como esposo de la actora, así como al hijo de la pareja. Puntualizó que el cónyuge de la demandante se llamaba JOSÉ VICENTE ARDILA.



Aseveró que la pareja vivió en el Barrio Kennedy de la ciudad de Bogotá aproximadamente un año y, posteriormente, visitó a la pareja en la anualidad 2019 en dos ocasiones en el Municipio de Soacha, último lugar donde en la actualidad vive la señora ANA LIDIA SÁENZ OSPINA en el barrio Ciudad Verde, pero sin recordar la dirección de ese lugar.

Adujo enterarse del fallecimiento del señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA, pero no recuerda la fecha de su deceso, precisando que su cónyuge y el hijo de la pareja crearon una amistad cercana. No le consta si al causante en algún momento se le hubiese trasladado a algún lugar geriátrico, puesto que tiene entendido que en todo instante permaneció con la demandante.

Refirió que el hijo de la pareja en alguna ocasión estuvo fuera del país aproximadamente en los años 2017 o 2018, pero aun así la pareja convivió en todo momento, sin que le conste de manera directa si durante los periodos de ausencia de su hijo la demandante permaneciera ininterrumpidamente con el causante.

Que en las visitas que le realizó a la pareja en el año 2019 vio que el trato era muy amable y ameno, visitas que se dieron en un interregno de aproximadamente dos o tres horas. Expuso que no estuvo presente en el sepelio del causante, y que era el hijo de la pareja quien respondía económicamente en el hogar. Tiene conocimiento que la demandante trabajaba en una empresa de muebles, pero no le consta hasta qué fecha.

La testigo ELIZABETH REY GARCÍA manifestó que conoce a la demandante hace más de 40 años por cuanto la actora es la madrina de su hijo, así como que la demandante vivía con su cuñado y el causante JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA. Que desde que conoce a la demandante en todo momento permaneció como pareja con el causante, sin que recuerde la fecha exacta del fallecimiento. En este punto la declarante precisó que es la cónyuge del hermano del fallecido.



Que al causante lo trasladaron al hospital y fue allí en donde falleció, para luego sostener que el deceso ocurrió en Soacha. Que asistió a las exequias, pero no recuerda la fecha exacta en que sucedieron, así como que sostuvo que en reiteradas ocasiones visitaba a la pareja en su hogar, pero sin advertir tampoco periodos precisos.

No tiene conocimiento si en algún momento el causante estuvo internado en algún lugar geriátrico, que la pareja también convivía con el hijo de nombre JHON, sin conocer cuánto tiempo permaneció viviendo dentro del núcleo de la pareja. Expuso no tener conocimiento si la pareja se separó y que la demandante siempre acompañó al causante cuando tenía que desarrollar diligencias personales.

La testigo MARÍA EULALIA ARDILA DE BERNAL manifestó que conoce a la demandante hace más de 40 años, ello por cuanto se conoció en una finca de propiedad de la madre de la declarante para la época. Que ella como declarante es hermana del causante, quien falleció el 17 de febrero de 2020 en un hospital de Bogotá; relata que su hermano vivía de la pensión, al igual que en las diligencias personales del causante era acompañado por su hijo y la demandante. Que en algunas ocasiones compartía con la pareja y en todo momento los vio juntos, sin tener conocimiento si la pareja hubiese tenido alguna separación. Refirió que estuvo en el sepelio del causante, donde también estuvo allí la demandante. Que la demandante trabajó mucho tiempo en una empresa y luego de costurera, así como que los gastos del hogar de la pareja siempre fueron compartidos.

El testigo MAURICIO PENAGOS RAMÍREZ manifestó que conoce a la demandante desde el año 2014 puesto que son vecinos del mismo conjunto residencial donde habitan en Ciudad Verde del Municipio de Soacha, al igual que sostuvo que al inicio que conoció a la pareja colaboraba en llevar al causante al médico ya que él como declarante para esa época tenía un automóvil y por ende les prestaba el servicio de transporte.

No recuerda cuando fue el fallecimiento del causante, pero cree que fue aproximadamente entre 2017 o 2018, indicando que para el año 2020 era

vigilante, ocupación que desempeña desde el año 2019. Que no fue a la casa de la demandante, y si en alguna ocasión vio a la pareja era porque se la encontraba al ser vecinos. Tiene entendido que la pareja vivía con su hijo JHON, quien era el que los acompañaba al médico. Que se enteró de la muerte del causante días después a lo ocurrido.

Así las cosas y, como lo decidió el *a-quo*, la Sala puede colegir la confirmación de la decisión de primer grado al no acreditarse el requisito de convivencia de la demandante respecto del causante durante los últimos 5 años inmediatamente anteriores al deceso de este último.

Nótese en primer, que si bien yacen documentos atinentes a unas fotografías que presuntamente denotan una posible convivencia (CARPETA 01 DEMANDA ORDINARIA – PDF 07 – EXPEDIENTE DIGITAL), las mismas en nada advierten situaciones de modo, tiempo y lugar que ausculten el requisito de convivencia exigible en la normatividad que regula el asunto de marras, esto es, dentro de los últimos 5 años inmediatamente al deceso.

Por otra parte, las declaraciones expuestas por los testigos NIDIA AMANDA LEÓN, ELIZABETH REY GARCÍA, MARÍA EULALIA ARDILA DEBERNAL y MAURICIO PENAGOS RAMÍREZ no reflejan la convivencia deprecada en la norma, pues nótese que en lo que concierne a los dichos de la primera enunciada, esto es, NIDIA AMANDA LEÓN, advirtió dar fe de la convivencia de la pareja aproximadamente en el año 2012 cuando la misma convivió en el barrio Kennedy de la Ciudad de Bogotá, pero sostuvo que con posterioridad la pareja se fue a vivir a Soacha Cundinamarca, donde ella como testigo tan solo visitó el hogar en ese lugar aproximadamente dos veces para la anualidad 2019, de allí que no enrostre una claridad de la convivencia presuntamente ocurrida entre el 16 de febrero de 2015 y el 17 de febrero de 2020, calenda última en que ocurrió el deceso del señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA (q.e.p.d.)

Al unísono, la declaración brindada por la señora ELIZABETH REY GARCÍA, persona quien indicó ser la cónyuge del hermano del causante, además de exponer que conoce a la demandante desde aproximadamente 40 años, nada

manifestó en lo que atañe a la convivencia de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante, como quiera que, al interrogársele sobre aspectos tales como visitar a la pareja en su hogar, no refirió fechas precisas de la presunta convivencia objeto de estudio; tan es así, que ni siquiera recuerda la fecha del fallecimiento del señor JOSÉ VICENTE ARDILA ARDILA.

En lo que atañe a la declaración de la señora MARÍA EULALIA ARDILA DE BERNAL, hermana del fallecido, refirió que por lo menos desde que la pareja se fue a convivir en el Municipio de Soacha nunca los visitó, por lo que tampoco puede entenderse de manera fehaciente la configuración de la presunta convivencia con los dichos de esta testigo al no poderse considerar como una testigo directa.

Situación última que también ocurre con la declaración del señor MAURICIO PENAGOS RAMÍREZ, ya que, si bien manifestó conocer a la demandante desde el año 2014 y, por demás, al causante, tan es así que en algún tiempo colaboró a la pareja transportando al fallecido a citas médicas y aspectos similares, fue contradictorio con la realidad cuando expuso la fecha del deceso de este último, al asentar que esa tragedia ocurrió aproximadamente en el año 2017 o 2018.

Por tales aspectos, a juicio de la Sala, la prueba recaudada no ausculta un equilibrio sobre la realidad que atañe el asunto *sub examine*, sumado a que, como lo expuso el fallador de primer grado, a pesar de que obren declaraciones extraproceso de los señores MARÍA EULALIA DE BERNAL, MARÍA OYOLA CHICO, MAURICIO PENAGOS RAMÍREZ, NIDIA AMANDA LEÓN VERGARA, RICARDO ANDRÉS GAVILÁN PEREA, AVELINO ARDILA ARDILA y ELIZABETH REY GARCÍA (CARPETA 01 DEMANDA ORDINARIA – PDF 08 a 14 y 16 – EXPEDIENTE DIGITAL), de su contenido lo único que se ausculta es una forma generalizada de indicarse que conocieron a la pareja sin ninguna interrupción en su convivencia, talante que al contrastarse con los demás medios de convicción según lo expuesto en precedencia, no pueden tenerse en cuenta como verídicos para la convivencia requerida por la norma, máxime si el juez laboral al tenor de lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., se encuentra facultado para efectuar una análisis minucioso de todos los medios

probatorios para adoptar una decisión acorde con la realidad procesal al no encontrarse atado a una tarifa legal.

Además, no puede perderse de vista que la demandante señora ANA LIDIA SÁENZ OSPINA refirió en su interrogatorio de parte que el causante fue llevado a un hogar geriátrico donde estuvo aproximadamente uno o dos meses, situación que no da cabida a una convivencia permanente e ininterrumpida, máxime si se tiene en cuenta que del expediente administrativo allegado por COLPENSIONES respecto de la actora, yace un informe técnico de investigación gestionado por la entidad a través de COSINTE LTDA a fin de auscultar el derecho pensional de la accionante y, que data del 13 de julio de 2020 (CARPETA 07 CONTESTACIÓN DEMANDA – CARPETA EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO 20211126 - Fls. 431 a 437), que refleja una entrevista realizada a una de las hijas del causante de nombre LUZ MARINA ARDILA LEÓN y que advierte:

“Así mismo, se dialogó con la señora Luz Marina Ardila León de 57 años, hija del causante, residente en la Carrera 72K No. 43 – 39 sur de la Ciudad de Bogotá – Cundinamarca, quien aseguró que la solicitante solo convivió con el causante su último año y medio de vida pues anteriormente había vivido en diferentes hogares geriátricos de Bogotá de los que no recuerda los nombres, dos de ellos ubicados en los barrios Camilo Torres y Kennedy. Dice que uno de los hijos de la solicitante había sacado al causante en el mes de enero de 2019 del último hogar geriátrico donde se encontraba viviendo y que allí lo trasladaron al apto donde vive actualmente la solicitante. Agrega que de la relación de los implicados hubo dos hijos, que su padre tuvo cinco hijos de su primer matrimonio incluida ella y que después de que el causante se separó legalmente de su mamá (fallecida hace dos años), vivió solo por un tiempo y después en hogares geriátricos durante once años.”

Así las cosas, palmario resulta que incluso existió una interrupción de convivencia cuando según lo firmado por la misma demandante en su declaración, el actor sí permaneció en un lugar geriátrico durante algún tiempo anterior a su deceso, interregno que comprende parte del comprendido dentro de los últimos 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, lo que no da cabida al reconocimiento de sustitución pensional alegado; circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.



V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of a large 'D' and 'G' intertwined.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large 'L' and 'G' with a long horizontal stroke.

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

A handwritten signature in black ink, with a stylized 'J' and 'W'.

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 39 2020 00377 01
Demandante: MARÍA EUGENIA MARTELO GARCÍA
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA EUGENIA MARTELO GARCÍA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse que la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a finales de 2001 o comienzos de 2002 por intermedio de la referida PORVENIR S.A. es ineficaz, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema pensional y, en especial, la situación personal y concreta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que con ocasión de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerla entre sus afiliados por pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese trasladado con ocasión del retorno automático, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., a finales del año 2001 o comienzos de 2002, por lo que es dicha encartada quien tiene la carga probatoria de demostrar que cumplió con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo, situación que no se encuentra demostrada dentro del asunto de marras.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que el traslado de régimen pensional llevado a cabo por la demandante a través de sus dependencias es completamente válido, como quiera que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el entendido que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de PORVENIR S.A., o que esté incurso algún vicio del consentimiento. Igualmente, adujo que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o alguna constancia que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad de la actora.

Formuló los medios exceptivos denominados errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora MARIA EUGENIA MARTELO GARCIA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos y bonos pensionales si se hecho redención de los mismos así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media.

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

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar esta decisión y en contra de PORVENIR S.A.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar órdenes a cargo de COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la posibilidad de elección de uno de los dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos. Además, los artículos 271 y 272 ibidem, consagran las sanciones y efectos al quebrantamiento a dicha elección.

De otro lado, señaló que lo adoctrinada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, refiere a que la decisión de elección de régimen debe ser libre y voluntaria, por lo que debe existir un consentimiento informado o una libertad informada, lo cual se da cuando se indican las características, beneficios, condiciones y diferencias de uno y otro régimen, y las consecuencias que implica el traslado, además los fondos deben tener en cuenta todos los aspectos que influyen en la adquisición del derecho pensional y explicar al posible afiliado como si se tratara de uno lego.

En lo que atañe a la carga de la prueba dijo que corresponde a la administradora de pensiones demandadas, demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados ya que son quienes tienen la información, además cuando se realiza una negación indefinida según el artículo 167 del C.G.P., se invierte la carga de la prueba. Concluyendo que, en el *sub examine* no se probó el cumplimiento de dicho deber de información, lo cual no se prueba únicamente con el formulario de afiliación y además del interrogatorio de parte del actor no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues lo que se advierte es que le informaron sobre características generales del régimen de ahorro individual.

Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen de la actora y la consecuente devolución por parte de PORVENIR S.A. de todas las sumas de dinero que reposen en la cuenta del actor, incluyendo rendimientos y las comisiones que recibió por administración, sin que pueda descontar lo atinente a seguros previsionales, ni el porcentaje destinados al fondo de pensión de garantía mínima, debiendo indexar los gastos de administración, seguros previsionales, y el porcentaje destinados al fondo de pensión de garantía mínima.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al unísono, indicó que COLPENSIONES quedaba en libertad de demandar por los perjuicios ocasionados, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que, si bien es cierto existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado ante la falta del deber de información, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que tal precedente debe aplicarse de manera diferenciado según los supuestos fácticos de los cuales se presente una similitud.

Que por tal razón, en el caso de marras no se presenta esa situación como quiera que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, e informada en todo contexto sobre las obligaciones que le eran oponibles para la anualidad 2002, calenda última en que se trasladó, de ahí que las cargas al deber de información fueron exigidas con posterioridad, desconociéndose así el principio de la retroactividad y de la seguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta que no existen elementos probatorios que adviertan la configuración de ineficacia del traslado.

De otro lado, arguyó encontrar inconformidad en lo que atañe a la condena impuesta a razón de la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que al declararse la ineficacia implica que el negocio jurídico no se haya celebrado jamás, por lo que los rendimientos y frutos dados por la administración de los recursos de la aquí demandante tampoco se generaron, más aún si se tiene en cuenta que los rendimientos financieros al ser completamente privativos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ponen a la actora en una condición distinta a la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tópico que iría en contravía de lo estatuido en el artículo 897 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1746 del Código Civil.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que tampoco goza de prosperidad la condena por devolución de seguros previsionales, teniendo en cuenta que esas contingencias fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras por medio de las cuales la demandante desde el año 2002 y hasta la actualidad ha tenido cobertura frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que esas contingencias dinerarias cumplieron la finalidad establecida en la ley.

Por último, se opuso a la devolución indexada de los conceptos expuestos en precedencia, pues de conformidad con lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la indexación no es objeto de condena.

COLPENSIONES por su parte sostuvo que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional atendiendo los preceptos legales y jurisprudenciales, como tampoco se acreditó al plenario la existencia de algún tipo de engaño de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las



operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 10 de enero de 2002 (Fls. 26 – PDF 10 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la aquí demandante señora MARÍA EUGENIA MARTELO GARCÍA en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 2002 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que la asesora de entonces le indicó que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Además, la Representante Legal de la encartada PORVENIR S.A. al rendir interrogatorio de parte manifestó que la única prueba que ostenta en cuanto a la presunta información suministrada a la demandante es el formulario de afiliación de la época, situación que sopesa de manera fehaciente la carencia probatoria expuesta en precedencia.

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2002, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia



que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecencial de la devolución de los gastos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado